Die zu schützenden Rechtsgüter im Wettbewerbsrecht

nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934

Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

von

ARMIN CAMINADA
von Savognin

Ernst Lang, Zürich 2 - 1944

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546501_0016

Die zu schützenden Rechtsgüter im Wettbewerbsrecht

nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934

Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

von

ARMIN CAMINADA

von Savognin

Ernst Lang, Zürich 2 - 1944

Die Fakultät hat diese Arbeit am 17. Juni 1943 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS.

Literaturverzeichnis 6
Einleitung 11

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Der erlaubte und der unerlaubte Wettbewerb im allgemeinen.
I. Der erlaubte Wettbewerb 14
II. Der unerlaubte Wettbewerb 15
§ 2. Der erlaubte Wettbewerb im Gewerbe.
I. Die Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses im Gewerbe 17
II. Die Wettbewerbsformen 20
§ 3. Das den unerlaubten Wettbewerb begründende Kriterium . . . 24
§ 4. Der Begriff des unerlaubten Wettbewerbs im Gewerbe.
I. Nach dem Schrifttum 29
II. Nach dem Entwurf 34
§ 5. Der Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts 35
I. Die gewerbliche Tätigkeit 41
II. Die Kundschaft 45
III. Der Kredit 48
IV. Die Grundlagen der Wettbewerbsfähigkeit (das Unternehmen) . 51
§ 6. Das Verhältnis der geschützten Rechtsgüter zueinander . . . 54

B. Besonderer Teil.

§ 7. Die Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Regelung des Wettbewerbsrechts 56
§ 8. Das System der Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs im Entwurf 65
§ 9. Analyse der einzelnen Tatbestände des unerlaubten Wettbewerbs im Entwurf.
I. Maßnahmen zur Herbeiführung von Verwechslungen . . 68
II. Die Anschwärzung 81
III. Die Geheimnisverletzung 92
IV. Die Angestelltenbestechung 102
V. Die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen über die Arbeitsbedingungen 109
VI. Die unerlaubte Reklame 113
VII. Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen . 119
VIII. Preisunterbietungen bei Werkverträgen oder analogen Verträgen 121

LITERATUR-VERZEICHNIS.

Alexander-Katz: Die unredliche Konkurrenz. Berlin 1892.

Bachem und Roeren: Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Leipzig 1900.

Bartz: Firmenwahl und unlauterer Wettbewerb. Diss. Erlangen 1933.

Bauer: Der unlautere Wettbewerb und seine Behandlung im Recht. München 1902.

Baumbach: Wettbewerbsgesetz und Warenzeichengesetz. München u. Berlin 1936.

Becker: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. VI: Das Obligationenrecht. Bern 1917.

Böhm: Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 1933.

Brandis: Rechtsschutz der Zeitungs- und Büchertitel. Berlin 1898.

Bühler: Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts. Diss. Zürich 1930.

Burckhardt: Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb. Kommentar. 2. Auflage. Berlin-Leipzig 1932.

Canner: Die strafrechtliche Behandlung des Kundenfangs. S.J.Z. 1929/30.

Chenevard: Traité de la concurrence déloyale. Bd. I und II. Paris-Genève 1914.

Coper: Dürfen Angestellte nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses Betriebsgeheimnisse verraten? MuW Bd. 30.

Daeppen: Bundesgerichtspraxis zum Obligationenrecht. Zürich 1936.

Dam van: Preisunterbietungen als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb. Diss. Basel 1935.

Ebel: Der Rechtsschutz des Buchtitels nach geltendem deutschem Recht. Diss. Jena 1929.

Egger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. I. Band: Einleitung und Personenrecht. Zürich 1930.

Elster: Gewerblicher Rechtsschutz. Berlin und Leipzig 1921.

Fehr: Das kommende Recht. Berlin und Leipzig 1933.

Feibel: Die Namensgleichheit im Wettbewerb. Diss. Frankfurt 1933.

Fick: Das schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1915.

Finger: Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909. Kommentar. Berlin 1911.

Freytag: Das Verhältnis des § 12 UWG zum Tatbestand der Untreue. § 266 Str.G.B. in der Fassung vom 26. 5. 33. Diss. Köln 1935.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht 8. Aufl. Berlin 1909.

— Grundriß zu den Vorlesungen über das deutsche bürgerliche Recht. Gießen 1877.

Germann: Zum Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb. Beiträge zum Handelsrecht; Festgabe zum 70. Geburtstage von Carl Wieland. Basel 1934.

— Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht. ZbJV Februar 1936.

— Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung. Basel 1927.

Gericke: Der Geheimnisverrat im unlauteren Wettbewerb. Diss. Köln 1937.

Gierke: Deutches Privatrecht. Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig 1895.

Grimmlinger: Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre zivilrechtliche Bekämpfung. Diss. Zürich 1938.
Guhl: Das schweizerische Obligationenrecht. 1. Halbband. Zürich 1936.
Gygax: Unlauterer Wettbewerb, Reichesbergs Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung. Bd. 3. Jahrgang 1909.
Haeffner: Die Bestechung von Angestellten und Beauftragten geschäftlicher Betriebe. Diss. München 1930.
Hafter: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. Berlin 1937.
Herzog: Dürfen Angestellte nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses Betriebsgeheimnisse verraten? MuW Bd. 30.
Hippel: Die Anschwärzung im unlauteren Wettbewerb. Diss. Greifswald 1921.
Hirzel: Das Schmiergelderunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1930.
Huber: Der Kredit (Kreditanwartschaft) als selbständiges Rechtsgut. Diss. Zürich 1905.
Imbach: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nach Luzerner Recht. Diss. Bern 1929.
Isay H.: Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes. Berlin 1933.
Isay R.: Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.
Knellwolf: Das Preisschleudern mit Markenartikeln nach schweizerischem Privatrecht. Diss. Zürich 1938.
Kohler: Der unlautere Wettbewerb. Berlin und Leipzig 1914.
— Musterrecht. Stuttgart 1909.
— Das Warenzeichenrecht. Mannheim und Leipzig 1911.
— Urheber- und Verlagsrecht. Stuttgart 1906.
Kohler M. M.: Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs. Breslau 1901.
Korrodi: Die strafrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Diss. Zürich 1907.
Kühner: Der unlautere Wettbewerb im Schrifttum und in der Rechtssprechung seit 1933. Diss. München 1936.
Lagershausen: Die Grenzen der Verwendung des eigenen Namens im Firmen- und Wettbewerbsrecht. Diss. Erlangen 1933.
Lenhoff: Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht. Berlin 1932.
Leonhard. Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung. Wien 1903.
Liszt von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. und 13. Aufl. Berlin 1903.
Lobe: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd. I. Leipzig 1907.
Maresch: Ueber gesetzlichen Schutz gegen unredliche Konkurrenz. Wien 1890
Matthießen: Die Verwechselbarkeit von Warenzeichen. JW 1924.
Mayer: Die concurrence déloyale. ZfHR Bd. 26.
Mertzlufft: Markenschutz und unlauterer Wettbewerb. Diss. Zürich 1936.
Minoprio: Geld und Kredit. Berlin 1880.
Morosow: La concurrence illicite en droit suisse et d'après l'avant-projet de la loi fédérale. Diss. Lausanne 1930.
Neuberg: Der unlautere Wettbewerb. Leipzig 1919.
Nipperdey: Wettbewerb und Existenzvernichtung. Kartell-Rundschau. Berlin 1930.
Oppenhoff: Die strafbare Verletzung fremder Gewerbegeheimnisse. Diss. Köln 1928.
Opitz: Zugaben. Ein umstrittenes Gebiet des Wettbewerbsrechts. Diss. Leipzig 1938
Oser: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. V: Das Obligationenrecht. Zürich 1911.
Osterrieth: Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908.
Ostertag: Unlauterer Wettbewerb. SJK Nr. 312.

Ostrowski: Der unlautere Wettbewerb im Zeitungsgewerbe und seine Bekämpfung durch das Gesetz. Diss. Breslau 1921.

Pfister: Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze. Diss. Bern 1936.

Pinner: Kommetar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909. Berlin 1910.

Poeschl: Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Berlin 1903.

Pouillet: Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale. Paris 1912.

Prein: Der Geheimnisschutz im wirtschaftlichen Wettbewerb nach deutschem Recht. Diss. Köln 1932.

Raeber: Zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Gewerbliche Flugschriften Heft Nr. 8.

Recht: Die Grenzen der Reklame nach dem heutigen Wettbewerbsrecht. Diss. Köln 1939.

Reimer: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Bd. I. Berlin 1933.

Rosenthal: Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes. Kommentar. Berlin 1928.

Schaffner: Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung. Diss. Bern 1940.

Schapira: Das Unternehmen und seine Kennzeichen. Diss. Zürich 1935.

Schäfer: Der gewerbliche Kredit. Leipzig und Heidelberg 1882.

Simon: Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Zivil- und Strafrecht. Bern 1894.

Schmal: Zur Lehre der Anschwärzung. Diss. Erlangen 1911.

Schneider: Rechtsbuch der Schweiz. Band I. Zürich 1932.

Schoenberg: Die Wechselbeziehungen einzelner Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nach schweizerischem Recht. Beiträge zum Handelsrecht. Festgabe zum 70. Geburtstage von Carl Wieland. Basel 1934.

Specker: Die Persönlichkeitsrechte. Diss. Zürich 1911.

Sprinkmeier: Der Kennzeichenmißbrauch. Diss. Berlin 1935.

Schuler: Die concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabrik- und Geschäftsgeheimnis. Diss. Zürich 1895.

Teitler: Die strafrechtlichen Bestimmungen im Entwurf zu einem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb. SJZ Jahrgang 31.

Thiele: Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG. Diss. Köln 1934.

Troller: Das Delikt des unlauteren Wettbewerbs nach dem Entwurf des Bundesrates vom 11. Juni 1934. Diss. Freiburg 1937.

Tuchmann: Begriff und Gegenstand der unrichtigen Angabe über geschäftliche Verhältnisse nach dem Reichsgesetze gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909. Diss. Nürnberg 1912.

Tuhr von: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. I. Halbband. Tübingen 1924.

Tuor: Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1934.

Vallotton: La concurrence déloyale et la concurrence illicite. Diss. Lausanne 1895.

Vinassa: Die Kundschaft. Diss. Bern 1925.

Weiß: Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Zivil- und Strafrecht. Basel 1894.

Weske: Das zivilrechtliche Delikt der Kreditgefährdung. Wien 1930.

Wieland: Handelsrecht. München 1921.

Wolf: Kritische Betrachtungen zum Entwurf für ein Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb. SJZ Jahrgang 31.

ZEITSCHRIFTEN UND ENTSCHEIDSAMMLUNGEN.

Amtl. Samml.	=	Eidgenössische amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft
Amtl. sten. Bull. St.R. 1934	=	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; Ständerat 1934
Amtl. sten. Bull. N.R. 1935	=	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; Nationalrat 1935.
Amtl. sten. Bull. St.R. 1936	=	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; Ständerat 1936.
BGE	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts.
BlfzüR	=	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
Bundesblatt	=	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft.
DJZ	=	Deutsche Juristen-Zeitung.
Gewerbliche Zeitfragen	=	Gewerbliche Zeitfragen, 1901, Heft Nr. 18: Hausierhandel und unlauterer Wettbewerb. Gutachten des Zentralvorstandes des schweizerischen Gewerbevereins an das eidgenössische Handelsdepartement.
HE	=	Schweizer Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
MuW	=	Markenschutz und Wettbewerb.
Prot. Expk.	=	Protokoll über die Tagung der Expertenkommission betreffend das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27.—30. Okt. 1920 in Glion.
Prot. SHuIV	=	Protokoll der ordentlichen Delegiertenversammlung des schweizerischen Handels- und Industrievereins vom 30. Mai 1896.
RGStr	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SJK	=	Schweizerische Juristische Kartothek. Nr. 312.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
ZbJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZfHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Basler Nachrichten.		
Neue Zürcher Zeitung.		
Die Tat.		

ABKÜRZUNGEN.

Botschaft	=	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934.
BV	=	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
Entwurf	=	Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934.
MG	=	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890.
MMG	=	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900.
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911.
PG	=	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907.
StrGB	=	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
UG	=	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922.
UWG	=	Deutsches Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.
WZG	=	Deutsches Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 14. Juni 1932.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

EINLEITUNG.

Die im Jahre 1874 durch die Bundesverfassung (Art. 31) gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit, welche dem Gewerbetreibenden das Recht einräumte, seine wirtschaftliche Kraft zur Erzielung eines geschäftlichen Erfolgs voll einzusetzen, erteilte dem bisher durch das Zunftsystem beherrschten Wirtschaftsleben, das der gewerblichen Bewegungsfreiheit des Einzelnen weitgehende Beschränkungen auferlegte, einen gewaltigen Auftrieb. Leider wurden die mit diesem fortschrittlichen System verbundenen großartigen Erfolge und die wohl alle Erwartungen übertreffende Entwicklung auf wirtschaftlichem und kulturellem Gebiete nur zu rasch von Erscheinungen überschattet, die dem allgemeinen Interesse an einer reellen Abwicklung des Geschäftsverkehrs zuwiderliefen. So wurde das Recht zur freien Konkurrenz von gewissenlosen Gewerbetreibenden insbesondere dazu mißbraucht, die Mitbewerber in rücksichtslosester Weise aus ihren Absatzgebieten zu verdrängen. Mangels einer speziellen Bestimmung bekämpfte man diese Ausschreitungen unter der Herrschaft des alten Obligationenrechts nach Möglichkeit mit Art. 50. In der Folge erwies sich dieser in seiner Fassung viel zu allgemein gehaltene Artikel doch als zu wenig sichere Grundlage für eine wirksame Bekämpfung derartiger Machenschaften. Dies führte denn auch bei der Revision dieses Gesetzes zur Aufnahme einer Sonderbestimmung in Art. 48, auf welcher heute noch der zivilrechtliche Schutz gegen den unerlaubten Wettbewerb beruht. Allein sogar dieser Artikel vermag dem loyalen Wettbewerber gegenüber dem immer wieder in neuen Formen auftretenden unerlaubten Wettbewerb keinen hinreichenden Rechtsschutz zu bieten, da dessen Fassung erfahrungsgemäß viel zu eng ist. Art. 48 erwähnt nämlich lediglich die widerrechtliche Beeinträchtigung des Mitbewerbers in seiner Geschäftskundschaft und läßt die Gefährdung der übrigen, ebenso wichtigen Rechtsgüter des Gewerbetreibenden, wie die Beeinträchtigung des Kredits und des Unternehmens, sowie die gegen Treu und Glauben verstoßende Behinderung in der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit, unberücksichtigt. Darüber hinaus sind auch die in Art. 48 festgelegten Rechtsfolgen zu wenig wirksam, indem derselbe weder eine

Feststellungsklage, noch eine Klage auf Beseitigung der Störungswirkungen einer unerlaubten Konkurrenzhandlung vorsieht.[1] Diese Lücken im Rechtsschutz werden aber auch nicht durch die neben Art. 48 noch anwendbaren Bestimmungen der Art. 41, 49, 944 ff. OR, 28 ZGB und der Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz geschlossen, welche bei der Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs ebenfalls eine bedeutende Rolle spielen. Es ist daher nur zu begreifen, daß die an der Aufrechterhaltung anständiger Geschäftssitten interessierten Wirtschaftskreise mit der Zeit immer stürmischer den Wunsch äußerten, gegen solche Auswüchse, das heißt gegen die Verwendung illoyaler Kampfmittel im gewerblichen Wettbewerb durch eine möglichst umfassende und auch in die Zukunft blickende Spezialgesetzgebung geschützt zu werden. Dieser Wunsch soll nun verwirklicht werden durch den Erlaß eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb, dessen Grundlage der gegenwärtige Entwurf des Bundesrates vom 11. Juni 1934 darstellt.[2] Wenn auch der Entwurf auf Grund der bestehenden Fassung dem Gewerbetreibenden einen ganz bedeutend erweiterten zivilrechtlichen Schutz in Aussicht stellt, welcher nicht zuletzt noch durch strafrechtliche Sanktionen wirksam ergänzt wird, so vermag er trotzdem nicht in allen Teilen restlos zu befriedigen, da er einerseits den heutigen Verhältnissen in gewisser Beziehung immer noch zu wenig Rechnung trägt und andererseits auf die Interessen einzelner Kreise derart weitgehend Rücksicht nimmt, daß die Anwendung dieser Bestimmungen eine empfindliche Einengung unseres Wirtschaftslebens nach sich ziehen würde.

Mit der vorliegenden Arbeit soll deshalb versucht werden, in der Form einiger Anregungen zu zeigen, auf welchen Gebieten der Entwurf dem modernen Geschäftsleben noch etwas besser angepaßt und damit eine den Interessen aller Gewerbetreibender entsprechende Lösung des Problems der Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs erreicht werden könnte. Zu diesem Zweck wird die Arbeit in zwei Teile zerlegt. Im allgemeinen Teil ist zunächst zu untersuchen, welche Wirkungen einer unerlaubten Wettbewerbshandlung überhaupt immanent sein können, beziehungsweise welche Rechtsgüter des Wettbewerbers einen ausdrücklichen Schutz durch das Gesetz beanspruchen dürfen. Eine eingehende Stellungnahme zu dieser Frage ist

---

[1] Eine eingehendere Betrachtung über den Stand der gegenwärtigen Bundesgesetzgebung und die Notwendigkeit eines neuen, den bestehenden Rechtsschutz in dieser Materie ausbauenden Gesetzes, erfolgt unter § 7 dieser Arbeit.

[2] Ueber die Entstehungsgeschichte des Entwurfs vgl. Botschaft, S. 1 ff. und Gygax, S. 1125 ff.

besonders aus dem Grund wichtig, weil sich die Meinungen gerade über diesen Punkt, insbesondere aber auch über die Rechtsnatur dieser Rechtsgüter, das heißt über deren Stellung in unserem Rechtssystem, in schroffen Gegensätzen gegenüberstehen. In diesem Zusammenhang wird sich dann vor allem ergeben, daß auch die Regelung des Entwurfs in dieser Richtung noch nicht alle grundsätzlichen Möglichkeiten ins Auge faßt und de lege ferenda eine abermalige Ausdehnung des unerlaubten Wettbewerbstatbestandes zur Erreichung eines lückenlosen Rechtsschutzes für die durch solche Angriffe tatsächlich gefährdeten Rechtsgüter des Gewerbetreibenden eine dringende Notwendigkeit ist. Bevor jedoch an diese Aufgabe herangetreten werden kann, ist es unerläßlich, eine kurze Betrachtung über die auch heute noch viel umstrittene rechtliche Struktur des gewerblichen Wettbewerbs anzustellen, denn ohne davon ein klares Bild zu haben, würde dieser Abhandlung die sichere Grundlage für die Beurteilung der Tragweite der Regelung des Entwurfs fehlen. Im besonderen Teil soll sodann veranschaulicht werden, wie der Entwurf den Schutz des Wettbewerbers in seinen zivilrechtlichen Bestimmungen aufbaut.[3]

Was die Verwendung des Ausdrucks »unerlaubter Wettbewerb« in dieser Arbeit betrifft, so sei noch erwähnt, daß der Ständerat in einer Sitzung vom 20. September 1934 dem Antrag der ständerätlichen Kommission, das Wort »unerlaubt« durch »unlauter« zu ersetzen, zugestimmt hatte.[4] Trotzdem möchten wir in den folgenden Betrachtungen an der bundesrätlichen Formulierung »*unerlaubter Wettbewerb*« festhalten, da dem Wort »unlauter«, wie die Botschaft mit Recht hervorhebt, »ein anrüchiger Sinn anhaftet, der nicht für alle vom Entwurf umfaßten Tatbestände gerechtfertigt wäre«.[5]

---

[3] Ueber die Behandlung des strafrechtlichen Teils des Entwurfs vgl. Troller, S. 33 ff. und Teitler, S. 291 ff.

[4] Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 333.

[5] Botschaft, S. 14: »Denn es können auch gutgläubig vorgenommene Handlungen nach ihrem objektiven Tatbestand unerlaubt im Sinne des Entwurfs sein, da für die Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklage (Art. 3, lit. a—c) der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich ist.«

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Der erlaubte und der unerlaubte Wettbewerb im allgemeinen.

I. Der erlaubte Wettbewerb.

Grundsätzlich stellt jeder Wettbewerb nichts anderes dar als ein gegenseitiges Werben um die Wette.[1] »Wette, goth. vadi, ahd. wetti, ist stammesverwandt mit dem lateinischen vas, vadimonium und bedeutet Unterpfand, im besonderen dasjenige Pfand, das als Preis dem Sieger in einem Kampf zufallen soll.«[2] Der Wettbewerb wird somit immer dort in Erscheinung treten, wo zwei oder mehrere Kampfpartner den Entschluß fassen, ihre Kräfte zur Erreichung eines bestimmten Ziels zu messen. Daraus folgt, daß das Tätigwerden eines Einzelnen nie ein Wettbewerbsverhältnis begründen kann. Ein weiteres Erfordernis besteht ferner darin, daß die Wettbewerber das gleiche Ziel zu erstreben suchen.[3] Allein, wir können noch nicht von einem Wettbewerb sprechen, wenn mehrere wohl dasselbe Ziel im Auge haben, aber keiner von der auf die Erreichung dieses Ziels gerichteten Tätigkeit des andern Mitbewerbers Kenntnis hat, denn in einem solchen Fall fehlt das Moment der Kräftevergleichung. »Ein Kampf ist aber nur dann vorhanden, wenn bewußt die gegenseitigen Kräfte miteinander gemessen werden.«[4] Was schließlich die zu vergleichenden Leistungen anbelangt, so müssen diese selbstverständlich auch geeignet sein, das gesteckte Ziel zu erreichen. Schließt die zu diesem Zweck ausgeübte Tätigkeit ihrer Natur nach diese Möglichkeit aus, dann verliert eine solche Handlung eines »Mitbewerbers«

---

[1] Callmann, S. 23: »Immer der erste zu sein und voranzustreben den andern kann als allgemeine Umschreibung dessen gelten, was man überhaupt unter Wettbewerb versteht.«

[2] Lobe, S. 2.

[3] Lobe, S. 1: »Eine Voraussetzung des Wettbewerbs ist Mehrheit der Strebenden bei Einheit des Ziels.«

Callmann, S. 25: »Erstrebt der eine größeren Warenumsatz, der andere Verbilligung seines Privatgebrauchs, so liegt kein Wettbewerb vor.«

[4] Lobe, S. 2.

ohne weiteres den Charakter einer Wettbewerbshandlung überhaupt. Nicht notwendig ist dagegen, daß die konkurrierenden Leistungen gleich oder doch gleichartig sind. Dies verkennt Troller[6], wenn er an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses die Voraussetzung gleichartiger Leistungen knüpft, denn die Beschaffenheit der Leistung ist irrelevant, sofern dieser die Fähigkeit immanent ist, das von allen Wettbewerbern in Angriff genommene gleiche Ziel zu erreichen.[7]

II. Der unerlaubte Wettbewerb.

Das jedem Wettbewerb zugrunde liegende Prinzip besteht darin, daß im Kampf um die beste Leistung wirklich nur der tüchtigste, der leistungsfähigste Wettbewerber den Sieg davontragen soll. Es ist daher nur natürlich, wenn die Kampfpartner, in Kenntnis dieser allgemeinen Wettbewerbsregel, in einem auszutragenden Wettstreit, den ja jeder der Beteiligten um jeden Preis zu gewinnen bestrebt ist, stets durch den Einsatz aller verfügbaren Kräfte ihre Konkurrenten zu besiegen suchen. Dieser äußersten Kraftentfaltung zur Niederringung des Gegners steht grundsätzlich nichts entgegen; sie ist immer erlaubt. Keiner braucht den andern zu schonen, denn jeder Mitbewerber übernimmt in dem Augenblick, wo er sich zum Kampf stellt, freiwillig das Risiko, bei diesem Leistungswettlauf unter Umständen leer auszugehen und seine Kraft umsonst aufgewendet zu haben.[8] Das will jedoch nicht heißen, daß nun ein Wettbewerber das Recht habe, jedes beliebige, ihm irgendwie nützlich erscheinende

---

[5] Vgl. Callmann, S. 24/25; Lobe, S. 3: »Bewirbt sich um den freigewordenen Posten des ersten Geigers einer Hofkapelle in Ueberschätzung seiner Leistungen ein Dilettant, der kaum das leichteste Stück fehlerlos spielen kann, so findet zwischen ihm und den mitwerbenden Künstlern in Wahrheit kein Wettbewerb statt.«

[6] Troller, S. 7: »An einem Kurort findet z. B. an demselben Abend ein Konzert eines berühmten Geigers und das Gastspiel einer bekannten Eishockeymannschaft statt. Beide Veranstaltungen bezwecken, das Publikum des Ortes zur Teilnahme zu bewegen; trotzdem wird niemand zwischen den beiden, trotz Einheit des Ziels, ein Wettbewerbsverhältnis annehmen.«

[7] Callmann, S. 25, erwähnt zutreffend, daß zwischen Zeitung und Rundfunk ein Wettbewerbsverhältnis besteht. — Vgl. ferner Lobe, S. 2.

[8] Kohler, S. 17: »Keiner hat im Verkehr ein Anrecht darauf, daß sein Geschäft gedeiht, und das individualistische Sytem unserer Zeit beruht gerade darauf, daß jeder mit seinen wirtschaftlichen Kräften sich bestrebt, das Beste zu erreichen und dadurch das kaufende Publikum zu gewinnen. Dadurch soll die Kraft der Nation aufs Höchste gesteigert werden, Produktion und Handel zur höchsten Blüte gebracht werden. Jeder soll seinen Egoismus anspannen, um zu leisten, was er leisten kann; er soll Tag und Nacht auf Verbesserung sinnen, um dadurch sein Geschäft emporzubringen und den Gegner aus dem Felde zu schlagen. Ein jeder ist daher der vernichtenden Tätigkeit eines einsichtsvolleren und wirt-

Mittel zur Erreichung des Ziels anzuwenden. Denn wie wir bereits oben erwähnt haben, setzt der Wettbewerb stets ein bewußtes Vergleichen von Leistungen voraus. Wenn dabei die zu vergleichenden Leistungen auch nicht absolut gleich, ja nicht einmal gleichartig zu sein brauchen, so muß doch angenommen werden, daß die Wettbewerber in diesem Kampf wirklich auch nur von solchen Mitteln und Leistungen Gebrauch machen, die gemäß dem Willen der Parteien tatsächlich gegenseitig gemessen werden sollen. In dieser Richtung findet somit selbst das an sich unbeschränkte Recht des Wettbewerbers, welches ihm gestattet, seine Kräfte frei spielen zu lassen, seine Begrenzung. Ueberschreitet ein Mitbewerber diese Grenze und geht er dazu über, zur Steigerung seiner Leistungsfähigkeit heimlich Mittel anzuwenden[9], welche laut Wettbewerbsregel nicht in Vergleich gesetzt werden dürfen mit den Leistungen der andern Konkurrenten, dann wird seine Wettbewerbstätigkeit, da sie kein wahres Bild mehr von der tatsächlich zu vergleichenden Leistungskraft des Wettbewerbers vermittelt, zu einer unerlaubten.[10] Dieses heimliche, zur Täuschung und zur Benachteiligung der loyalen Mitbewerber erfolgende Abweichen von der Wettbewerbsregel muß vom Kampfrichter mit der Disqualifikation des fehlbaren Wettbewerbers beantwortet werden, wenn der Wettbewerb nicht zu einem Kampf ausarten soll, in welchem gerade dem Betrug zum Sieg über die Ehrlichkeit verholfen wird. Mag der Wettbewerber auch unter Aufbietung aller Kraft und in diesem Sinne rücksichtslos dem Ziel zustreben, so ist allein darin noch nichts Unredliches zu erblicken. Mit der Anwendung eines Kampfmittels aber, welches nach dem Willen aller Beteiligten nicht zum Leistungsvergleich herangezogen werden soll, entsteht jenes Zerrbild des Wettbewerbs, welches wir unerlaubten Wettbewerb nennen.

Die vorstehende Betrachtung stellt den Versuch dar, die charakteristischen Wesensmerkmale, welche den erlaubten und den unerlaubten Wettbewerb im allgemeinen, das heißt also jeden Wettbewerb überhaupt und damit natürlich auch den im nächsten Abschnitt zu behandelnden gewerblichen Wettbewerb kennzeichnen, in möglichst

---

schaftlich mächtigeren Wettbewerbers preisgegeben, und keiner kann sich deswegen über den andern beklagen. Wer sich in seinen Schranken hält, handelt darum nicht gegen die Persönlichkeit; der Einzelne mag versinken: das ist sein Schicksal; er stirbt im redlichen Kampfe!«

[9] Man denke hier nur beispielsweise an das bei sportlichen Wettkämpfen gelegentlich aufgestellte Verbot der Verwendung von sogenannten »Dopings«.

[10] Lobe, S. 10: »Unlauter wird ein Wettbewerb durch Einführung aller, sei es hindernder, sei es fördernder Bedingungen, die nicht eine zur Vergleichung stehende Tätigkeit entfalten.«

gedrängter Form zum Ausdruck zu bringen. Wenn auch der anschließend zu besprechende gewerbliche Wettbewerb nicht in allen Fällen mit einer solchen Prägnanz in Erscheinung tritt, so läßt sich doch in dessen Kern immer »diese einfache und klassische Kampfsituation«[11] erkennen.

§ 2. Der erlaubte Wettbewerb im Gewerbe.

I. Die Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses im Gewerbe.

Während die Auffassungen über den Wettbewerb an sich noch annähernd auf den gleichen Nenner gebracht werden können, gehen dagegen die Meinungen hinsichtlich der Voraussetzungen, welche an das Bestehen eines gewerblichen Wettbewerbsverhältnisses geknüpft sind, beträchtlich auseinander. So ist das Schrifttum besonders bei der Analyse des ersten Erfordernisses des Wettbewerbs im Gewerbe zu recht verschiedenen Resultaten gelangt. Daß die Frage, wer überhaupt zu dieser Mehrheit von Gewerbetreibenden zu rechnen ist, nicht überall gleich beantwortet wurde, ist vor allem darauf zurückzuführen, weil sich die Ansichten über den Begriff des Gewerbes nicht decken. Kohler sieht im Gewerbe »ein systematisch betriebenes, wirtschaftliches Handeln unter Benutzung der vorhandenen Kräfte« und setzt für die Aufrechterhaltung dieses Begriffs keine Gewinnabsicht voraus.[1] Durch eine Abspaltung der Berufstätigkeit von der gewerblichen Tätigkeit gelangt er zur reinen »Wirtschaftstätigkeit«.[2] Diese, und nur diese, betrachtet er als eigentliche gewerbliche Tätigkeit. Aus diesem Grunde lehnt er die Miteinbeziehung der freien Berufe unter den Begriff des Gewerbetreibenden ab und verneint folglich die Gewährung eines allgemeinen Schutzes gegen den unerlaubten Wettbewerb für die Angehörigen dieser Berufskategorie.[3] Die Auffassung von Kohler wird jedoch von der Mehrzahl der

---

[11] Böhm, S. 93: »Jede, auch die raffinierteste Aktion des modernen Wettbewerbskampfes läßt sich auf diese einfache und klassische Kampfsituation, auf diese einfache und natürliche Interessenlage zurückführen.«

[1] Kohler, S. 95.

[2] Kohler, S. 96.

[3] In einem Entscheid vom 16. September 1913 hat ebenso das Bezirksgericht in Zürich die Auffassung vertreten, daß das Gesetz über den unerlaubten Wettbewerb auf die freien Berufe (Aerzte, Rechtsanwälte, Lehrer usw.) keine Anwendung finde, weil man hier nicht von einem »Geschäftsverkehr« sprechen könne. (Vgl. BlfzüR, Bd. 14, Nr. 57.)

anderen Autoren mit Recht als viel zu eng abgelehnt. Daß Kohler mit seinem Begriff des Gewerbetreibenden übrigens selbst auf Schwierigkeiten gestoßen sein muß, geht daraus hervor, daß er seine Theorie nicht konsequent einhält. Entgegen seiner Lehre gewährt er nämlich Aerzten dann einen Schutz gegen unerlaubten Wettbewerb, wenn ihnen von Kurpfuschern illoyale Konkurrenz gemacht wird. Dagegen genießen nach ihm Anwälte, Notare und Wissenschaftler grundsätzlich keinen solchen Schutz, während Künstler, wenigstens im Falle des öffentlichen Auftretens, geschützt werden sollen. Lehrer betrachtet Kohler nur dann als Gewerbetreibende, wenn sie Privatunterricht gegen ein Entgelt geben.[4] Rosenthal und mit ihm fast das gesamte Schrifttum fassen dagegen das Gewerbe zutreffend als eine fortgesetzte, auf Gewinn gerichtete Tätigkeit auf. Eine weitere Voraussetzung sieht Rosenthal darin, daß der Gewerbebetrieb als selbständiges Unternehmen nach außen in Erscheinung tritt. Mit dieser Definition genießen daher alle Personen, also auch die Angehörigen der freien Berufe, welche auf eigene Rechnung eine dauernde, auf Gewinn abzielende Tätigkeit ausüben, den Schutz des Gesetzes gegen unerlaubten Wettbewerb.[5]

Zur Aufklärung der Streitfrage, ob die Tätigkeit auf Gewinn gerichtet sein muß, sei mit folgendem Beispiel geantwortet. Ein Fabrikant bringt ein Produkt, welches er mit einem bestimmten Kostenaufwand hergestellt hat, auf den Markt. Gelingt es ihm nicht, sein Erzeugnis zu einem höheren Betrag als jenem der Herstellungskosten zu verkaufen, so sprechen wir von einem Verkauf ohne Gewinn. Wenn nun aber dieser Zustand dauernd anhält, muß er entweder den Bankerott erklären oder aber vorher sein Geschäft liquidieren und die Fabrikation dieses Produktes, an welchem kein Gewinn zu erzielen ist, einstellen. Daraus ergibt sich, daß das Erzielen von Gewinn, das Verkaufen zu höheren Preisen als den Herstellungskosten, die Grundbedingung, eine Lebensnotwendigkeit des Gewerbes ist. Es ist daher Rosenthal auch in dieser Hinsicht zuzustimmen.[6]

Eine weitere Voraussetzung für das Bestehen eines gewerblichen Wettbewerbs haben wir darin zu erblicken, daß die Gewerbetreibenden dem gleichen Ziel zustreben. Das Ziel des Wettbewerbs im Gewerbe ist, einen möglichst großen Abnehmerkreis zu erringen und

---

[4] Kohler, S. 100.

[5] Rosenthal, S. 6 ff.; Callmann, S. 40 ff.; Bühler, S. 47 ff.; Lenhoff, S. 6 ff.; Lobe, S. 18 ff.; Vinassa, S. 67 ff.; vgl. auch Botschaft, S. 13.

[6] Callmann, S. 39, ergänzt die Lehre Rosenthals noch mit folgenden Worten: »Ein geschäftlicher Betrieb verlangt einen Ueberschuß der Einnahmen über die Ausgaben, also einen Gewinn. Zum Vermögenszuwachs braucht der Gewinn nicht zu werden; wenn er nur die Unkosten deckt.«

die Beziehungen zu diesem nach Möglichkeit zu dauernden zu gestalten. Diesen Abnehmerkreis, zu dessen Erringung der Kaufmann seine ganze gewerbliche Leistungskraft einsetzt, nennen wir Kundschaft.[7] Allein, wir können die Kundschaft nicht als eine beliebig zu okkupierende Sache betrachten, wie etwa ein Stück Wild, das der besitzergreifenden Tätigkeit des Jägers ausgesetzt ist. Diesem Umstand steht der freie Wille des Kunden entgegen.[8] Der Erfolg des Gewerbetreibenden wird daher davon abhängig sein, ob es ihm gelingt, mittelst der gewerblichen Tätigkeit sich den Willen des Kunden zur Abnahme der Leistung geneigt zu machen. Hat er sich die Zuneigung gewisser Kunden einmal erworben, so kann er sein Absatzgebiet auch nur dann beibehalten, wenn er das in ihn gesetzte Vertrauen weiterhin rechtfertigt. Die Zuneigung beruht also gewissermaßen auf dem Vertrauen der Kundschaft in die bessere Leistungskraft des betreffenden Gewerbetreibenden. Dieses Vertrauen verschafft dem Gewerbetreibenden die sicherste Aussicht auf Geschäftsabschlüsse. Unter Kundschaft verstehen wir somit eine Anzahl von Personen, die infolge ihres Vertrauens in die bessere, für sie günstigere Leistungskraft des Gewerbetreibenden gewillt sind, die Leistungen von ihm abzunehmen.

Was die Bedingung der bewußten Vergleichung der gewerblichen Tätigkeiten anbelangt, so wird diese stets erfüllt sein, da die Gewerbetreibenden heute ja fast ausnahmslos von der konkurrierenden Tätigkeit anderer Wettbewerber Kenntnis haben oder diese doch als bestehend voraussetzen müssen. Nicht erforderlich ist, daß die zu vergleichenden gewerblichen Leistungen gleich oder gleichartig sind, sondern ein Wettbewerb liegt auch dann vor, wenn die Leistungen gerade noch jenen Grad der Gleichheit (Aehnlichkeit) besitzen, der die Erlangung desselben Kundenkreises ermöglicht[9], mit anderen Worten, wenn die Bemühungen des Gewerbetreibenden zur Beeinflussung des Wettbewerbs überhaupt geeignet sind.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß der Gewerbetreibende seine ganze Tätigkeit auf die Erwerbung von Kundschaft richtet und seine Konkurrenten nach Möglichkeit an der Erreichung

---

[7] Vgl. Böhm, S. 64; Lobe, S. 24 ff.

[8] Lobe, S. 22: »Der freie Wille des Abnehmers wird zur notwendigen Bedingung für die Erreichung des mit der gewerblichen Tätigkeit erstrebten Ziels.«

[9] Callmann, S. 25: »Die Waren, mit denen die Wettbewerber handeln, brauchen nicht gleich oder gleichartig zu sein; es genügt, daß die Stärkung des Absatzes der einen den Absatz der andern mindert.« — Lobe, S. 35: »In der Regel werden auch Surrogate mit echten Waren in Konkurrenz stehen.« — Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 55. II. 346: Konkurrenz zwischen Fabrikant und Händler.

des für sie gleichen Ziels zu verhindern sucht.[10] Ein Erfolg seiner Bestrebungen wird sich aber nur dann einstellen, wenn es ihm gelingt, seine gewerbliche Tätigkeit in irgend einer Richtung, sei es hinsichtlich des Preises, der Qualität der Ware usw., günstiger zu gestalten als seine Konkurrenten. Wie er zur Erlangung dieses Vorsprungs gegenüber seinen Mitbewerbern vorgeht, das heißt mit welchen Mitteln er sich in den Besitz von Kundschaft setzt, ist an sich irrelevant. Denn gemäß dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit genießt der Gewerbetreibende in der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit volle Freiheit. Wesentlich ist nur, daß er sich bei der Ausübung seiner Wettbewerbstätigkeit stets in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Rahmen bewegt und nicht zu Kampfmitteln greift, die einen offensichtlichen Mißbrauch dieses Rechts darstellen.

II. Die Wettbewerbsformen.

Die bisherigen Versuche im Schrifttum, den gewerblichen Wettbewerb zu systematisieren, lassen grundlegende Gegensätze erkennen. Die Widersprüche sind in erster Linie darauf zurückzuführen, daß bei der Lösung dieser Aufgabe nicht immer die gleiche Ausgangslage gewählt wurde. Eine wissenschaftliche Einordnung der verschiedenen Tatbestände des Wettbewerbs läßt sich jedoch nur durchführen, wenn man den Begriff »gewerblicher Wettbewerb« als einen alles umfassenden Gesamttatbestand betrachtet. Nur unter diesem Gesichtspunkt ist es möglich, den Wettbewerb nach seinen verschiedenen Erscheinungen zu unterteilen. Baumbach führt das Mißlingen der bisherigen Versuche ebenfalls darauf zurück, daß diese an dem Umstand kranken, den Wettbewerb nicht als etwas Einheitliches betrachtet zu haben.[11] [12] Obschon aber Baumbach in seiner Theorie das Wesentliche für die Lösung des Problems nennt, folgt er diesem Grundsatz bei seinem System des Wettbewerbs nicht und kommt nur zur Systematisierung einer Wettbewerbsform, nämlich des unerlaubten Wettbewerbs.[13] Den gleichen Weg hat schon vor ihm Kohler be-

---

[10] Lenhoff, S. 3: »Die Förderung der eigenen Erwerbsinteressen vor den Interessen der andern oder auf Kosten der andern bildet das Wesen des Wettbewerbs.«

[11] Baumbach, S. 7.

[12] Callmann, S. 50: »Ein System des Wettbewerbs hat auszugehen von den Möglichkeiten des Wettbewerbs und hat sie in Beziehung zu bringen zum Wettbewerber, also zu dem, gegen den sich der Wettbewerb richtet, der der Schutzgegenstand des Rechtes ist, das sich gegen die Auswüchse des Wettbewerbs wendet.«

[13] Baumbach, S. 7 ff.

schritten.[14] Er unterscheidet in seiner Zweiteilung des unerlaubten Wettbewerbs zwischen »Irreleitung und Feindseligkeiten«, während Baumbach zu einer Unterscheidung in »Kundenfang durch Irreführung über die Ware« und »Kundenfang durch Irreführung über das Unternehmen« kommt, wobei die Fälle der »Irreleitung« von Kohler praktisch identisch sind mit denjenigen des »Kundenfang durch Irreführung über die Ware« von Baumbach.

Eine Abkehr von diesen beiden Systemen stellen die Versuche von Nipperdey und Callmann dar. Nipperdey behält die Zweiteilung bei und unterscheidet zwischen Leistungswettbewerb, dem positiven, nur durch die eigene Leistungskraft wirkenden Wettbewerb und Behinderungswettbewerb, dem negativen Wettbewerb, der die fremde Leistungskraft behindern will.[15] Während er den echten Leistungswettbewerb grundsätzlich als zulässig betrachtet, erklärt er den Behinderungswettbewerb nur als beschränkt zulässig, das heißt unter Berücksichtigung einer gewissen Mäßigungspflicht. Eine Verletzung dieser Mäßigungspflicht begründet nach ihm sofort den unerlaubten Wettbewerb. Mit der Miteinbeziehung des selbständigen Begriffs »unerlaubter Wettbewerb« unter den Begriff eines zum Teil doch erlaubten Behinderungswettbewerbs ist jedoch der Wert der Systematik von Nipperdey in Frage gestellt, denn ein Begriff, welcher zugleich den erlaubten und den unerlaubten Wettbewerb umfaßt, kann einer klaren Systematik nicht dienlich sein. Außerdem bietet das Moment der »gewissen Mäßigung« keine Rechtssicherheit für eine scharfe Trennung der Tatbestände des erlaubten Behinderungswettbewerbs und des unerlaubten Wettbewerbs. Böhm[16] bezeichnet diese »gewisse Mäßigungspflicht« als eine wenig überzeugende Behelfskonstruktion und illustriert durch ein treffendes Beispiel die Unsicherheit, die bei der Anwendung dieses Begriffs entsteht: »Nehmen wir eine wassersportliche Veranstaltung an, bei der der Kampf »normalerweise« mittels Wettrudern ausgetragen werden soll. Solange sich alle Parteien des Normalverhaltens befleißen, entsteht kein Problem. Dann siegt derjenige, der am besten rudert, und zwar mit Recht. Sobald aber einer der Beteiligten sieht, daß er in diesem Kampf schlecht abschneiden wird, oder daß er zu viel Mühe und Kraft aufwenden müßte, um auf »normale« Weise zu siegen, und infolgedessen dazu übergeht, entweder sich selbst eines versteckten Motors zu bedienen oder dem Gegner die Ruder fortzunehmen oder ihn daran zu verhindern, daß er sein Schiff besteigt, dann stehen wir vor der Frage, wie

[14] Kohler, S. 104 ff.
[15] Nipperdey, S. 140 ff.
[16] Böhm, S. 183.

ein solches Verhalten rechtlich zu beurteilen sei. Nach der Lehre Nipperdeys ist diese Abkehr vom normalen Kampfprinzip grundsätzlich zulässig. Nur muß sich derjenige, der von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, eine gewisse Mäßigung auferlegen. Er darf nicht so weit gehen, daß er den Gegner ins Wasser wirft, sodaß er ertrinkt, er darf auch seine Maßnahmen nicht ins Unverhältnismäßige steigern, also nicht etwa gleichzeitig den Gegner durch die Fortnahme der Ruder behindern und seine eigene Leistungskraft durch Anwendung eines Motors steigern. Soweit er seine Manipulationen so dosiert, daß sie gerade ausreichen, ihm den Sieg zu sichern, so ist sein Verhalten legal. Dem Besiegten bleibt der Trost des Bewußtseins, daß er bei »normalem« Verlaufe der Veranstaltung gesiegt haben würde. Rechtsansprüche darf er aber aus dieser Rekonstruktion des wahrscheinlichen Normalverlaufes nicht ableiten.«

Callmann geht zu einer Dreiteilung über und unterscheidet zwischen »unerlaubtem Leistungswettbewerb, unerlaubtem Suggestionswettbewerb und Gewaltwettbewerb«.[17] Obschon er jedoch, wie Nipperdey, den Begriff »gewerblicher Wettbewerb« als etwas Allumfassendes betrachtet, zeigt auch das Resultat seines Versuches nur die Systematik des unerlaubten Wettbewerbs. Außerdem kann der Einführung der Begriffe »unerlaubter Leistungs- und Suggestionswettbewerb«, sowie »Gewaltwettbewerb« nicht zugestimmt werden. Denn es gibt wohl verschiedene Tatbestände des unerlaubten Wettbewerbs, aber verschiedene unerlaubte Wettbewerbe gibt es nicht. Tritt zum Beispiel bei einem Leistungswettbewerb ein unerlaubtes Kampfmittel hinzu, so kann nicht von unerlaubtem Leistungswettbewerb gesprochen werden, denn durch die Anwendung eines unreellen Mittels wird er zum unerlaubten Wettbewerb und damit ist ein grundsätzlich neuer Begriff, eine andere Form des Wettbewerbs entstanden.

Wenn wir von der oben erwähnten Voraussetzung ausgehen, lassen sich zwei erlaubte und eine unerlaubte Wettbewerbsform unterscheiden.

1. Der echte Leistungswettbewerb.

Bei dieser Wettbewerbsform beschränkt sich die gewerbliche Tätigkeit auf das Hervorbringen einer Leistung, die der natürlichen, echten Leistungskraft des Wettbewerbers entspringt. Die Wettbewerber verzichten also auf die Anwendung irgendwelcher Kampfmittel, denen nicht ausschließlich die berufliche Tüchtigkeit zugrunde liegt.

[17] Callmann, S. 50 ff.

Die manuelle oder geistige Fähigkeit schlechthin, die echte Leistungskraft, und nur diese, soll entscheiden und für den Erfolg ausschlaggebend sein. Diese Form ist noch üblich unter den Angehörigen der freien Berufe, zum Beispiel unter Künstlern, welche ihre Werke bei einem öffentlichen Wettbewerb der Kritik des Preisrichters aussetzen. Dagegen ist dieser Wettbewerbsform im eigentlichen Wirtschaftsleben, im Handel und Gewerbe, keine große Bedeutung beizumessen. Der echte Leistungswettbewerb, diese idealste Wettbewerbsform, ist grundsätzlich erlaubt.[18]

2. Der erlaubte Kampfmittelwettbewerb.

In der Regel wird sich jedoch die gewerbliche Tätigkeit nicht nur darauf beschränken, die echte Leistungskraft spielen zu lassen, sondern sie wird außerdem noch darauf ausgehen, der daraus hervorgehenden Leistung durch Anwendung besonderer Kampfmittel den Absatz zu sichern. So ist beispielsweise die Reklame als psychologisches Mittel für die Kundenwerbung ein Kampfmittel, das absolut keine echte Leistungskraft mehr in sich birgt, das heißt, die Reklame übt keinen Einfluß auf die Qualität der Leistung aus.[19] Trotzdem kann die Anwendung dieses Kampfmittels den Erfolg der gewerblichen Tätigkeit gewaltig fördern. Sofern die Anwendung derartiger Kampfmittel in dem vom Gesetz erlaubten Rahmen erfolgt, ist die Zulässigkeit dieser Wettbewerbsform ebenfalls nicht in Frage gestellt. Denn die Handels- und Gewerbefreiheit gibt dem Wettbewerber das Recht zur freien Wahl der Kampfmittel, vorausgesetzt, daß diese keinen Mißbrauch dieses Rechts bedeuten.

3. Der unerlaubte Kampfmittelwettbewerb oder der unerlaubte Wettbewerb.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß die Art des Kampfmittels das charakteristische Merkmal für die Untersuchung, ob erlaubter oder unerlaubter Wettbewerb vorliegt, bildet. Mit der Anwendung eines Mittels, welches über den Rahmen des Erlaubten

---

[18] Vgl. Böhm, S. 193.

[19] Troller, S. 11: »Oft wird der Wille des Kunden bewußt oder unbewußt durch die Persönlichkeit dessen beeinflußt, der ihn für sich gewinnen will. Das kann unter Umständen so weit gehen, daß in gewissen Fällen eine schwächere Leistung der besseren vorgezogen wird. Es wird der materiellen Leistung ein Element beigefügt, das weder gewogen noch nach andern stofflichen Regeln bewertet werden kann, das aber doch von der Kundschaft geschätzt wird.«

hinausschießt, wird der Wettbewerb unerlaubt. Wann die Grenze des Erlaubten überschritten wird, beziehungsweise was der Gesetzgeber unter »*erlaubtem Rahmen*« versteht und wie er das Moment formuliert, welches darüber entscheidet, ob die Anwendung eines Kampfmittels zulässig oder verboten ist, dies festzustellen wird die Aufgabe des nächsten Abschnitts dieser Arbeit sein.

§ 3. Das den unerlaubten Wettbewerb begründende Kriterium.

Mit der Entwicklung des gewerblichen Wettbewerbs hat auch der unerlaubte Wettbewerb Schritt gehalten und es hat sich gezeigt, daß letzterer immer wieder in einem andern Kleid aufzutreten pflegt, daß er dauernd neue Formen anzunehmen versteht.[1] Bei der großen Zahl der zur Anwendung gelangenden Kampfmittel, und die noch stets im Wachsen begriffen ist, ist es daher nicht verwunderlich, daß der Gesetzgeber auf der Suche nach einem geeigneten Moment, welches über die Zulässigkeit eines Kampfmittels entscheiden soll, ungeheuren Schwierigkeiten begegnet ist. Es ist überaus interessant, die Entwicklung zu verfolgen, wie der Gesetzgeber diese Schwierigkeiten zu meistern versuchte, wie er sich im Laufe der Zeit gezwungen sah, bestehende Grundsätze zu verlassen und neue einzuführen und wie er schließlich auf ein entscheidendes Moment, welches allen unerlaubten Kampfmitteln ohne Ausnahme anhaftet, gestoßen ist, das ihm eine wirksame Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs gestattet. Daß die Wahl der Formulierung für dieses Unterscheidungsmerkmal von Anfang an zu großen Meinungsverschiedenheiten geführt hat, geht daraus hervor, daß sogar bei der Ausarbeitung des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934, nachdem sich also die in der Praxis des Bundesgerichts zuletzt angewandte Abfassung bereits bewährt hatte, immer noch die Ansichten über diesen Punkt auseinandergingen.[2]

Den ersten Schritt zu einer Formulierung machte das deutsche Recht im § 1 des Wettbewerbsgesetzes vom 7. Juni 1909: »Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die *guten Sitten* verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.« Die Einführung des Begriffs der »guten Sitten« hat jedoch nicht dazu beige-

[1] Kohler, S. 20, spricht zutreffend von der »Proteusnatur« des unerlaubten Wettbewerbs.

[2] Vgl. Botschaft, S. 14.

tragen, den unerlaubten Wettbewerb in allen Erscheinungen wirksam zu bekämpfen, was die schweizerische Rechtssprechung im Laufe der Entwicklung auch dazu bewegt hat, diesen anfänglich auch von ihr verwendeten Grundsatz zu verlassen und ihre Urteilsfindung in andere Bahnen zu lenken. Vor allem ist dieser Begriff viel zu unbestimmt, als daß er als scharfe Waffe in der Hand des Richters angesehen werden kann, mit der er in jedem Falle imstande ist, den Feind des erlaubten Wettbewerbs aus dem Felde zu schlagen.[3] Außerdem ist eine klare Interpretation dieses Begriffs mit großen Schwierigkeiten verbunden, weil die Anschauungen über die »guten Sitten« in Volkskreisen durchaus nicht gleich sind. Auch Callmann hebt hervor, daß sich die deutsche Rechtssprechung eigentlich mit der Feststellung des Maßstabes, dem »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden«, den der Richter bei der Anwendung des Sittenbegriffs anzuwenden habe, begnüge und auf die Bestimmung des Begriffs selbst verzichte.[4 5] Grundsätzlich gegen diese Formulierung haben sich Baumbach und H. Isay ausgesprochen. Baumbach greift diesen Begriff wegen seiner »zweifelhaften und unerfreulichen Rolle«, die er im deutschen Wettbewerbsrecht spielt, recht heftig an, mit der Begründung, daß dieser aus Richterkreisen komme, die das Geschäftsleben nicht genügend kennen und daß das, was man im Wettbewerbsrecht oft als sittenwidrig bezeichne, nicht viel zu tun habe mit einem Verstoß gegen die guten Sitten.[6] Den Beweis für diese letztere Behauptung liefert ein interessantes Beispiel von Schuler.[7] Ein weiterer Beweis für die Unbestimmtheit dieses Begriffs sieht H. Isay

[3] Weiß, S. 36: »Mit einem so verschwommenen Begriff wie ‚gute Sitten', sollte weder in Gesetzen noch in richterlichen Entscheidungen operiert werden.«

[4] Callmann, S. 47 ff.

[5] Vgl. besonders auch Elster, S. 250/251, welcher, um der Unzulänglichkeit dieses Begriffs zu begegnen, diesen zur *»gewerblichen Sittenwidrigkeit«* steigert.

[6] Baumbach, S. 17.

[7] Schuler, S. 14: »Das nur subjektive Moment der Unsittlichkeit ist von vorneherein ohne Bedeutung. Es liegt ja auf der Hand, daß im Einzelfall eine Handlung, welche die Züge durchaus echten Mitbewerbs an sich trägt, weit unsittlicher erscheinen kann, als eine Tätigkeit, der diese Züge mangeln. Wer sein Vermögen dazu verwendet, neben die bescheidenen Gewerbebetriebe fleißiger Kleinhändler ein erdrückendes Konkurrenzgeschäft zu setzen, und infolge seiner pekuniären Ueberlegenheit in den Stand gesetzt ist, so lange zu Schleuderpreisen seine Waren abzusetzen, bis jene Kleinhändler vernichtet sind, handelt zweifellos unsittlicher als derjenige, welcher im Zorn darüber, daß er neben seinem bewährten Konkurrenten nicht aufzukommen vermag, einen plumpen Angriff auf dessen Leistungsfähigkeit in eine Zeitung inseriert. Würde die concurrence déloyale durch das Moment der Unsittlichkeit bestimmt, müßte solche im ersten Falle so gut als im zweiten Falle angenommen werden. Dennoch tritt uns die Erscheinung entgegen, daß, wo das Recht einen Schutz gegen concurrence déloyale gewährt, wohl der letztere nicht aber der erstere Fall daran Teil hat.«

darin, daß die Generalklausel des § 1 für die Urteilsfindung zwölf Jahre überhaupt nicht angewandt wurde, da die deutschen Richter mit ihr nicht viel anzufangen wußten.[8]

Anfänglich legte auch das Bundesgericht seinen Urteilen das Merkmal der »guten Sitten« zugrunde.[9] Während das deutsche Recht bei seinem Grundsatz blieb, ging jedoch das Bundesgericht etwas später dazu über, den Begriff von »*Treu und Glauben*« und zusätzlich die Verletzung eines Individualrechts als entscheidendes Merkmal einzuführen.[10] Dieser Auffassung des Bundesgerichts kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es wird wohl in den meisten Fällen zutreffen, daß mit der Einführung eines gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßenden Kampfmittels zugleich ein Rechtsgut des Gewerbetreibenden verletzt wird, aber diesem verletzten Rechtsgut kann erst in sekundärer Beziehung eine Bedeutung zugemessen werden. Primär begründet immer nur das unerlaubte Kampfmittel den unerlaubten Wettbewerb. Denn schon das Bestehen eines erlaubten Wettbewerbs bedeutet an sich eine Gefährdung oder eine Verminderung der Kundschaft. Die Handels- und Gewerbefreiheit erlaubt ja grundsätzlich jedem Wettbewerber sein Absatzgebiet auf Kosten eines andern zu erweitern, unter der Voraussetzung, daß er diesen Kampf mit erlaubten Mitteln führt. Ob ein Gewerbetreibender durch eine Wettbewerbshandlung an und für sich geschädigt wird, ist daher rechtlich irrelevant. In erster Linie ist stets zu untersuchen, ob überhaupt unerlaubter Wettbewerb vorliegt, was nur der Fall sein wird, wenn ein Kampfmittel angewendet wurde, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt. Erst wenn diese Frage geklärt ist, ist im Falle des unerlaubten Wettbewerbs in zweiter Linie zu untersuchen, was für Rechtsgüter durch die Verwendung eines unerlaubten Kampfmittels verletzt worden sind und eine entsprechende Klage auf Wiedergutmachung des Schadens zu schützen.

Eine rückläufige Bewegung machte sich sodann in einigen darauffolgenden Entscheiden bemerkbar, indem in denselben der Begriff des *Rechtsmißbrauchs* in der Form des Mißbrauchs eines persönlichen Freiheitsrechts statuiert wurde.[11] Diese Entwicklung hatte sich

---

[8] Isay H., S. 58 ff.
[9] Vgl. BGE 21; 1188.
[10] Vgl. BGE 23; 1175.
[11] BGE 32. II. 365: »Wird das Recht und die Freiheit dazu gebraucht, die Freiheit eines andern zu unterdrücken oder in ihrem Wesen einzuschränken, so liegt ein Mißbrauch dieses Rechts und der Freiheit vor, der vor der Rechtsordnung nicht bestehen kann; das Recht schlägt dann in Unrecht um. Hier handelt es sich dann um einen Rechtsmißbrauch.«

jedoch nicht lange behauptet; das Bundesgericht griff erneut den Grundsatz von Treu und Glauben auf und macht ihn noch heute zum allein entscheidenden Merkmal in dieser Materie.[12] Mit der Einführung dieses für die Urteilsfindung heute geltenden Prinzips hat das Bundesgericht anerkannt, daß allen unerlaubten Kampfmitteln gemeinsam ein und dasselbe Merkmal anhaftet, nämlich, daß sie durch den Verstoß gegen Treu und Glauben gekennzeichnet sind. In diesem Sinne äußert sich auch Korrodi, der die einzig feste Demarkationslinie, welche die erlaubten Wettbewerbshandlungen von den unerlaubten trennt, durch den Grundsatz von Treu und Glauben gezogen sieht, da dieses Kriterium nichts an Prägnanz zu wünschen übrig lasse und nicht jene Dehnbarkeit besitze, welche den Begriff der »guten Sitten« als juristisches Unterscheidungsmerkmal untauglich mache.[13]

Der Begriff Treu und Glauben hat seinen Ursprung in der römischen *bona fides*. Wir können sie als die eigentliche Grundlage unseres heutigen Begriffs ansehen. Früher, am Anfang der Rechtsentwicklung, als der Geschäftsverkehr noch auf einer niederen Stufe stand und die Rechtsanschauungen demgemäß noch primitiv waren, mußten die Gesetze streng eingehalten werden. Die fortschreitende Entwicklung des Verkehrs und die zunehmende Verfeinerung des Rechtsempfindens machten jedoch die starre Einhaltung dieses Grundsatzes unmöglich, da die exakte Anwendung des Gesetzes durch den Richter zu Härten geführt haben würde, die letzten Endes das Recht zum Unrecht gestaltet hätten. Je mehr die Rechtsbegriffe sich komplizierten und je mehr sich das Rechtsgefühl vervollkommnete, desto größer wurde das Verlangen nach einer Norm, die dem Richter die Möglichkeit gab, den Umständen, die zu einem Streitfall führten, bei der Beurteilung mehr Rechnung zu tragen. So entstand der Begriff der bona fides, welche dem Richter erlaubte, bei der Urteilsfindung all das zu berücksichtigen, was nach dem allgemeinen Empfinden recht und billig war und die als Vorläuferin des unser ganzes Rechtsleben beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben betrachtet werden muß. »Die Praxis anerkennt somit Treu und Glauben als Schranke aller Rechtsausübung. Sie anerkennt, daß es dem Gesetzgeber bei der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht möglich ist, alle Fälle

---

[12] BGE 50. II. 202: »Die Untersagung des Gebrauchs dieser Bezeichnung rechtfertigt sich umsomehr, als die allgemeine Tendenz der gegenwärtigen Gesetzgebung und Rechtssprechung dahin geht, im Gebiete des wirtschaftlichen Wettbewerbs, auf möglichst wirksame Weise den Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr zur Geltung zu bringen.« In diesem Sinne auch BGE 61. II. 341.

[13] Korrodi, S. 24.

zu übersehen und die Ansprüche erschöpfend zu regeln, daß seine Normen bald zu eng, bald zu weit und daß Treu und Glauben die Aufgaben zukommen, diese Unzulänglichkeiten des geschriebenen Rechts auszugleichen. Diese Auffassung entspricht auch der Stellung, dem Marginale und Inhalt des Art. 2 ZGB. Art. 2 bildet sachlich die unmittelbare Fortsetzung des Art. 1. Auch Art. 2 wendet sich an den Richter. Er verdeutlicht Art. 1. Er gibt dem Richter für die Rechtsanwendung gemäß Art. 1 die leitende und entscheidende Richtlinie.«[14]

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist seiner Form nach eine Blankettverweisung. Art. 4 ZGB bestimmt, daß dort, wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände verweist, die Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen ist. Wenn also auch das Gesetz in gewissen Fällen die Entscheidung dem Richter überläßt, so darf er nicht willkürlich sein Urteil bilden, sondern hat sich bei dieser Interessenabwägung vom Grundsatz von Treu und Glauben leiten zu lassen und objektiv jene Norm zu suchen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Treu und Glauben bilden somit die »objektive Richtschnur für das menschliche Handeln und die Urteilsfindung des Richters«.[15] [16]

Der Begriff bringt durch seine Formulierung ein ganz besonderes Interesse zum Ausdruck, das Vertrauenselement. Er verpflichtet die Parteien zu gegenseitiger Treue und wechselseitigem Vertrauen; der Gegner soll, wie Egger hervorhebt, in seinem Vertrauen nicht getäuscht werden, seine berechtigten Erwartungen dürfen nicht vereitelt werden.[17] Das Gesetz erhebt dadurch einen Begriff der Ethik zum Rechtssatz. Dieser Grundsatz gewinnt besonders für das Wettbewerbsrecht eine hohe Bedeutung, denn gerade hier spielt das gegenseitige Vertrauen unter den Wettbewerbern einerseits und das Vertrauen der Kundschaft in ihren Lieferanten andererseits eine ausschlaggebende Rolle.[18] Daher stellt auch der Entwurf in seiner Gene-

---

[14] Egger, S. 67.

[15] Tuor, S. 41.

[16] von Tuhr, S. 47: »Die bona fides ist kein Produkt logischer Erkenntnis, kein Objekt des Wissens, sondern eine Frage der Lebenserfahrung und der praktischen Vernunft.«

[17] Egger, S. 65.

[18] Maresch, S. 3: »Um sich Kundschaft zu erwerben, können eine ganze Reihe von Mitteln angewandt werden. Es gibt aber in jeder geschäftlichen Beziehung, welcher Art immer, eine Stelle, einen Punkt, wo der Geschäftsmann an das Vertrauen des Abnehmers appelliert. Jede Kundschaft und jeder darauf begründete Absatz beruht an einer Stelle auf Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Wer nun Treu und Glauben täuscht, der handelt unredlich, und die Konkurrenz, die sich im Geschäftsleben zur Gewinnung eines Absatzes der Täuschung von Treu und Glauben bedient, werden wir unredliche nennen.«

ralklausel des Art. 1 als höchste Maxime für das ganze Wettbewerbsrecht die Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben bei der Anwendung eines Kampfmittels auf. Es sollen und dürfen nur Kampfmittel angewendet werden, die diesem Prinzip entsprechen und die eine redliche Abwicklung des Kampfes der Gewerbetreibenden um Kundschaft garantieren. Kohler hat diesen dem Wettbewerbsrecht zugrunde liegenden Gedanken durch ein klassisches Beispiel darzustellen vermocht: »Ein jeder Wettbewerber muß sich den Wettbewerb des andern gefallen lassen, aber keiner braucht sich gefallen zu lassen, daß Unlauterkeiten geübt werden: denn er müßte sonst Unlauterkeit mit Unlauterkeit vergelten, und das ist ein Verlangen, das man an niemanden stellen kann. Wer darum im Verkehr Unredlichkeiten treibt, um einen Vorsprung vor andern zu gewinnen, der verletzt nicht etwa bloß das Interesse des Gegners, sondern er verletzt auch dessen Persönlichkeit, denn er bringt ihn in die Lage, entweder unterzugehen, oder ebenfalls ein Lump oder Betrüger zu werden. Dadurch würde nicht nur der Redliche verschwinden, sondern der ganze Sieg im Wettkampf würde nicht der Tüchtigkeit, sondern der Schlechtigkeit und dem Betrug in den Schoß fallen.«[19] Mit der Einführung eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Kampfmittels wird der Wettbewerb somit unerlaubt. Den Machenschaften des unfairen Wettbewerbers, denen die Vermutung zugrunde liegt, daß die andern, ehrlichen Wettbewerber als anständig und rechtlich denkende Menschen, diesen Kampf nicht mit den gleichen Mitteln zu führen imstande seien, sollen durch das Gebot von Treu und Glauben Schranken gesetzt werden, deren Durchbrechung der Richter zu bestrafen hat.[20] In diesem Sinne ist der Grundsatz von Treu und Glauben auch als selbständige Norm, als Bestandteil des objektiven Rechts zu betrachten, mit dessen Verletzung der Tatbestand der Widerrechtlichkeit gemäß Art. 41/I OR erfüllt ist.

§ 4. Der Begriff des unerlaubten Wettbewerbs im Gewerbe.

I. Nach dem Schrifttum.

Die in der vorstehenden Darstellung besprochenen Eigenschaften des gewerblichen Wettbewerbs lassen erkennen, daß für die Bestim-

[19] Kohler, S. 18.

[20] Schaffner, S. 62: »Das Verhalten gemäß Treu und Glauben wird meistens dem Verhalten gemäß richtigem Recht gleichgestellt.«

mung des Begriffs des unerlaubten Wettbewerbs aus dem Wort »unerlaubt« selbst nicht viel gewonnen werden kann. Wir sind daher beim Aufstellen einer Definition ausschließlich auf die charakteristischen Merkmale des erlaubten Wettbewerbs angewiesen, das heißt, wir müssen versuchen, ein möglichst klares Negativ desselben zu erhalten. Daß diese Aufgabe dem Schrifttum große Schwierigkeiten bereitet hat, geht daraus hervor, daß die vielen Definitionen, trotzdem die Ansichten über die einzelnen Tatbestände des unerlaubten Wettbewerbs in der Doktrin fast ausnahmslos übereinstimmen, auch nicht nur annähernd auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können und sich zum Teil in schroffen Gegensätzen gegenüberstehen. Es hat sich bei vielen Versuchen gezeigt, daß einerseits der Rahmen oft viel zu weit und andererseits wiederum zu eng gefaßt wurde. Im ersten Fall liegt eine ernste Gefahr darin, daß eine allzu ausgedehnte Fassung eine empfindliche Beengung des erlaubten Wettbewerbs nach sich zieht, während im zweiten Fall nicht alle unerlaubten Tatbestände durch eine solche Definition erfaßt werden.

Um die herrschenden Meinungsverschiedenheiten über den unerlaubten Wettbewerb deutlich zu veranschaulichen, seien hier die Resultate von Versuchen verschiedener Autoren angeführt.

Bauer: »Unlauterer Wettbewerb ist diejenige Handlung eines Gewerbetreibenden, mit der derselbe, in der Absicht, für seine Leistungen und Erzeugnisse Absatz vor andern zu gewinnen, durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält oder zu erregen oder unterhalten sucht.«[1]

Germann: »Zusammenfassend läßt sich demnach der unlautere Wettbewerb umschreiben als ein den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechendes Verhalten eines Gewerbetreibenden, das geeignet ist, den Gewerbebetrieb eines Konkurrenten zu beeinträchtigen.«[2]

Korrodi: »Unlauterer Wettbewerb ist jede eigennützige, gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstoßende Veranstaltung eines Gewerbetreibenden, um einem oder mehreren bestimmten Mitbewerbern die Kundschaft abzuleiten.«[3]

Lobe: »Das Einführen von Bedingungen, die an und für sich nicht unmittelbar der eigenen Erwerbstätigkeit dienen, und der Versuch, den freien Willen des Kunden durch andere Mittel, als durch die

[1] Bauer, S. 26/27.
[2] Germann, Vorarbeiten, S. 114.
[3] Korrodi, S. 25.

eigenen gewerblichen Leistungen zu beeinflussen, machen daher den gewerblichen Wettbewerb unlauter.«[4]

Maresch: »Jede Konkurrenz, die sich, um einem bestimmten Konkurrenten oder der Gesamtheit der Konkurrenten desselben Geschäftszweiges den Absatz zu entziehen, solcher Mittel bedient, welche im letzten Grunde auf einer Täuschung des Vertrauens der Abnehmer beruhen, wollen wir eine unredliche Konkurrenz nennen.«[5]

Pouillet: »La concurrence déloyale, le mot lui même l'indique, est celle qui emploie des moyens détournés frauduleux, des menées que la droiture et l'honnêteté réprouvent.«[6]

Rosenthal: »Unter unlauterem Wettbewerb versteht man den Inbegriff aller auf Täuschung des Publikums berechneten Veranstaltungen eines Handels- oder Gewerbetreibenden, durch welche dieser die Kundschaft anderer Konkurrenten abzudrängen und für sich zu gewinnen sucht und diesen dadurch Schaden zufügt.«[7]

Schuler: »Concurrence déloyale ist jede Veranstaltung eines Konkurrenten, welche ohne Einsetzung eigener Kraft die Kundschaft von anderen abzulenken und ihm zuzuwenden strebt.«[8]

Simon: »Unter concurrence déloyale ist jede widerrechtliche und schuldhafte Handlung zu verstehen, durch welche ein Geschäftsmann von seinem Konkurrenten die Kundschaft eigennützigerweise ableitet und ihm Schaden zufügt.«[9]

Weiß: »Concurrence déloyale liegt in allen Handlungen eines Gewerbetreibenden in der Ausübung seines Gewerbes, welche einen Eingriff in das Individualrecht eines oder mehrerer Gewerbegenossen, sowie eine Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben im Verkehr enthalten und in der Absicht unternommen werden, die Kundschaft an sich zu ziehen.«[10]

Eine Analyse der hier angeführten Definitionen ergibt, daß alle in einer Hinsicht übereinstimmen, nämlich in dem jedem gewerblichen Wettbewerb — und damit natürlich auch dem unerlaubten Wettbewerb — zugrunde liegenden gleichen Ziel, der Kundschaft. Völlig verschieden sind jedoch die Ansichten in Bezug auf das den unerlaubten Wettbewerb begründende Merkmal. So sehen mehrere Autoren das entscheidende Kriterium ausschließlich in einer Täuschung des Kunden. Diese Auffassung muß jedoch abgelehnt werden, da unter

---

[4] Lobe, S. 47.
[5] Maresch, S. 3.
[6] Pouillet, S. VIII.
[7] Rosenthal, zit. Lobe, S. 448.
[8] Schuler, S. 17.
[9] Simon, S. 44.
[10] Weiß, S. 37.

eine Begriffsbestimmung des unerlaubten Wettbewerbs in diesem Sinne nicht einmal die Angestelltenbestechung und die Geheimnisverletzung fallen. Außerdem ist bei diesen viel zu engen Definitionen eine klare Grenze zwischen dem unerlaubten Wettbewerb, welcher sich lediglich auf das Verhältnis der Wettbewerber unter sich bezieht und dem unlauteren Geschäftsgebaren, dessen Gegenstand das Verhältnis zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer bildet, nicht mehr festzustellen. Eine scharfe Trennung zwischen diesen beiden Tatbeständen ist aber unerläßlich, denn unserer Ansicht nach kann der Zweck eines Gesetzes über den unerlaubten Wettbewerb nicht darin bestehen, Vorschriften zum Schutze des Abnehmers vor Täuschungen und Benachteiligungen beim Kaufabschluß zu erlassen, sondern seine Aufgabe muß ausschließlich darin erblickt werden, den loyalen Wettbewerber gegenüber unreellen Geschäftspraktiken eines Konkurrenten zu schützen. Aber selbst dann, wenn man einer Erweiterung des unerlaubten Wettbewerbstatbestands in dieser Richtung zustimmen wollte, wäre eine solche auf dem Gebiete des schweizerischen Rechts überflüssig, da die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Lieferanten und dem Kunden bereits im Obligationenrecht eine Regelung erfahren haben. So gewährt Art. 197 OR dem Käufer einen Schutz gegen Mängel der Kaufsache und die Art. 23 ff. OR stellen Schutzvorschriften bei Irrtum oder absichtlicher Täuschung beim Vertragsabschluß auf. Die Frage der Miteinbeziehung des unlauteren Geschäftsgebarens in den Tatbestand des unerlaubten Wettbewerbs ist übrigens vom Entwurf trefflich gelöst worden, indem er dort, wo das unlautere Geschäftsgebaren eines Gewerbetreibenden zugleich einen Mitbewerber schädigt, letzterem, jedoch nur diesem, einen Rechtsschutz gewährt, da ja in einem solchen Fall ebenfalls der Tatbestand des unerlaubten Wettbewerbs erfüllt ist. Wird der Konkurrent aber dadurch nicht benachteiligt, dann verweigert ihm der Entwurf einen Klageanspruch und verweist den getäuschten Kunden auf die Bestimmungen des Obligationenrechts.[11]

Andere Definitionen dagegen führen das Moment der Widerrechtlichkeit als Unterscheidungsmerkmal an. Eine überaus enge und praktisch wohl selten in Frage kommende Begriffsbestimmung stellt schließlich Schuler auf, wenn er den unerlaubten Wettbewerb als eine Veranstaltung eines Konkurrenten zur Erwerbung von Kundschaft o h n e Einsetzung eigener Kraft bezeichnet. Da ein Wettbewerb, bei dem überhaupt keine eigene Kraft aufgewendet wird, sehr

[11] Vgl. Botschaft, S. 9 und Amtl. sten. Bull. St. R. 1934, S. 320. Vgl. ferner Wolf, S. 145.

selten ist, läßt diese allzu starke Betonung des echten Leistungsprinzips seiner Definition einen äußerst begrenzten Spielraum. Ein weiterer Vertreter des Leistungsprinzips ist Lobe. Durch das Hinzufügen der Worte »das Einführen von Bedingungen, die an und für sich nicht unmittelbar der eigenen Erwerbstätigkeit dienen« läßt seine Definition noch eine weitere Auslegung zu. Dies kommt noch deutlicher zum Ausdruck, wenn wir die Erläuterungen von Lobe zu seinem Begriff betrachten. »Es ist daher weiter unlauter jede Handlung, die die Erwerbstätigkeit des Gegners beeinträchtigt, den eigenen Wettbewerb aber nicht fördern würde, wenn kein Wettbewerbsverhältnis bestände.«[12] Mit dieser Interpretation, in welcher das Wettbewerbsverhältnis für die Beurteilung der Zulässigkeit eines fördernden oder hemmenden Mittels gedanklich eliminiert wird, hebt Lobe zugleich den Rechtsmißbrauch gemäß Art. 2/II ZGB hervor. Eine Widerrechtlichkeit in diesem Sinne könnte allerdings gestützt auf Art. 41 OR verfolgt werden. Dieser Art der Beurteilung eines Kampfmittels, die das Wegdenken des Wettbewerbsverhältnisses und damit auch des Wettbewerbszwecks verlangt, kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Schließlich sprechen sich verschiedene Definitionen für das Prinzip der Verletzung eines Individualrechts aus. Daß sich jedoch die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes als entscheidendes Moment nicht eignet, wurde bereits oben erwähnt. In der Hauptsache wird jedoch eine Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben postuliert.

Wenn wir das Problem in das richtige Licht rücken und eine fruchtbare Lösung der Aufgabe erreichen wollen, ist es unerläßlich, scharf zu trennen zwischen dem den unerlaubten Wettbewerb begründenden Element, dem gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstoßenden Kampfmittel, und den dadurch verletzbaren Rechtsgütern. Der Tatbestand des unerlaubten Wettbewerbs ist erfüllt in dem Augenblick, wo ein Gewerbetreibender zur Erwerbung von Kundschaft sich eines unerlaubten Kampfmittels bedient. Werden in einer Definition zusätzlich noch die verletzbaren Rechtsgüter angeführt, wie dies zum Beispiel der Entwurf macht, so wird damit nur der Zweck verfolgt, die Gewerbetreibenden auf die Folgen, welche die Einführung eines unerlaubten Mittels nach sich ziehen kann, aufmerksam zu machen, der Begriff des unerlaubten Wettbewerbs selbst wird jedoch davon nicht berührt. Dies geht schon daraus hervor, daß auch dann schon unerlaubter Wettbewerb gegeben ist, wenn ein solches Rechtsgut noch gar nicht verletzt ist, das heißt, wo erst eine Ge-

[12] Lobe, S. 49.

fährdung desselben besteht, die dann allerdings in eine eigentliche Verletzung umschlagen könnte, wenn der Zustand fortdauern und nicht beseitigt würde.

Unter Verwertung des bisher Besprochenen dürfen wir den Schluß ziehen, daß für die Begriffsbestimmung des unerlaubten Wettbewerbs zwei Voraussetzungen, nämlich das jedem Wettbewerb gemeinsame Ziel, die Kundschaft und das den unerlaubten Wettbewerb begründende Kriterium, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende Kampfmittel, vollständig ausreichen. Die Notwendigkeit, daß die Wettbewerbshandlung auf das Erwerben von Kundschaft gerichtet sein muß, ergibt sich daraus, weil beim Vorliegen anderer Zwecke nicht mehr von Wettbewerb gesprochen werden kann und in diesem Falle eine widerrechtliche Schädigung eines Gewerbetreibenden gemäß Art. 41 OR gegeben ist. Im Folgenden sei noch auf die Definition des Entwurfs in der Generalklausel des Art. 1 hingewiesen.

II. Nach dem Entwurf.

Entwurf Art. 1: »Wer zur Beeinflussung des Wettbewerbs durch Handlungen, die den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, andere in ihrer Kundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht oder in ihrem Kredit oder sonst in den Grundlagen ihrer Wettbewerbsfähigkeit schädigt oder gefährdet, ist gemäß den Bestimmungen des vorliegenden Gesetzes verantwortlich.«

Die Formulierung des Entwurfs muß als eine äußerst klare Umschreibung des Tatbestands des unerlaubten Wettbewerbs bezeichnet werden, da sie die rechtlich relevanten Erfordernisse in einer für jedermann verständlichen Weise auseinanderhält. Das den unerlaubten Wettbewerb begründende Element, »die den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechende Handlung«, kommt in dieser prägnanten Begriffsbestimmung deutlich zum Ausdruck. Ueber das Ziel des Wettbewerbs, welches in der Definition allerdings nicht wörtlich angeführt wird und vielleicht etwas mehr Beachtung verdient hätte, dürften keine Zweifel bestehen, umsomehr auch im Schrifttum die Kundschaft durchwegs als Ziel des gewerblichen Wettbewerbs anerkannt wird. Indem Art. 1 zugleich die durch den einmal begründeten unerlaubten Wettbewerb gefährdeten oder verletzten Rechtsgüter erwähnt, allerdings nicht alle, gewinnt er nur

noch mehr an Schutzwirkung, da dadurch dem illoyalen Konkurrenten die Auswirkungen seines Verhaltens klar vor Augen geführt werden. Mit einem Ergänzungsvorschlag, welcher in der folgenden Definition enthalten ist, können wir uns daher der Lösung des Entwurfs anschließen:

Unerlaubter Wettbewerb ist das gegen Treu und Glauben verstoßende Anwenden von Kampfmitteln zur Erwerbung von Kundschaft, das die andern Wettbewerber in der Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit behindert oder in ihrer Kundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht oder in ihrem Kredit oder sonst in den Grundlagen ihrer Wettbewerbsfähigkeit schädigt oder gefährdet.

Aufgabe des folgenden Abschnitts ist es nun, die Schutzgegenstände des Wettbewerbsrechts darzustellen, insbesondere aber auch nachzuweisen, daß de lege ferenda eine Erweiterung des unerlaubten Wettbewerbstatbestands hinsichtlich der zu schützenden Rechtsgüter eine Notwendigkeit ist.

§ 5. Der Schutzgegenstand des Wettbewerbsrecht.

Wenn eine Beantwortung der Frage nach dem Schutzgegenstand des unerlaubten Wettbewerbs erst jetzt erfolgt, so geschieht dies aus dem Grund, weil, wie bereits oben erwähnt wurde, dem zu schützenden Rechtsgut für den Begriff des unerlaubten Wettbewerbs selbst keine primäre Bedeutung zukommt. Wir sind von dem gegen Treu und Glauben verstoßenden Kampfmittel als Abgrenzung zwischen dem erlaubten und unerlaubten Wettbewerb ausgegangen. Für diese Abgrenzung ist es jedoch rechtlich irrelevant, ob eines der nun zu besprechenden Rechtsgüter verletzt ist oder nicht, wenn auch die Verletzung eines solchen Rechtsguts in der Regel zuerst in die Augen springt und unmittelbar für den Betroffenen fühlbar wird. Dieser Umstand hat denn auch viele Autoren dazu verleitet, das verletzte Rechtsgut als das den unerlaubten Wettbewerb begründende Element zu betrachten.

Welches Rechtsgut wird nun durch den unerlaubten Wettbewerb verletzt? Es gibt wohl selten ein Rechtsgebiet, in welchem sowohl in der Rechtssprechung als auch im Schrifttum derart mannigfaltige Ansichten herrschen. Das Bundesgericht hat es bisher unterlassen, sich über die von ihm geschützten Rechtsgüter näher auszusprechen oder grundlegende Betrachtungen über dieses Problem anzustellen. Seine in dieser Materie gefäll-

ten Urteile lassen noch keine einheitliche Stellungnahme erkennen und es bleibt somit die endgültige Frage offen, was den Schutz gegen eine unerlaubte Wettbewerbshandlung genießen soll. So anerkannte das Bundesgericht einmal die Kundschaft[1] als das geschützte Rechtsgut, dann ging es dazu über, seinen Entscheidungen die Verletzung der gewerblichen Tätigkeit[2] oder auch die Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit[3] zugrunde zu legen, um schließlich in einer Reihe von Fällen von der Annahme einer Verletzung einzelner Individualrechte[4] in seiner Urteilsfindung auszugehen.[5]

Nicht weniger als in der Rechtssprechung divergieren die Meinungen im Schrifttum. Wenn wir die verschiedenen Lehren miteinander vergleichen, lassen sich im wesentlichen zwei Hauptgruppen unterscheiden.[6] Die Vertreter der einen Gruppe, zu denen Gareis, Gierke, Kohler, Lobe und Rosenthal zu zählen sind, betrachten ein allgemeines Recht der Persönlichkeit oder doch ein Persönlichkeitsrecht an der gewerblichen Tätigkeit als das geschützte Rechtsgut, wobei die einzelnen Ansichten über den Umfang des Rechts der Persönlichkeit noch stark auseinandergehen. Die andere Gruppe, zu welcher Callmann, Baumbach, R. Isay und Reimer gehören, lehnt ein Recht der Persönlichkeit ab und erhebt ein Immaterialgüterrecht, das Unternehmen, zu dem gegen unerlaubten Wettbewerb geschützten Rechtsgut. In der Folge hat jedoch die Lehre vom Recht der Persönlichkeit, welche die Person im Gegensatz zum Vermögensrecht um ihrer selbst willen in allen ihren Erscheinungen und Ausgestaltungen schützen will, in überwiegendem Maße Anerkennung gefunden. »Die Persönlichkeit umfaßt alle jene Eigenschaften und Rechte, die der Person als solcher, das heißt mit Rücksicht auf ihr Dasein, ihre geistigen und körperlichen Kräfte zukommen«, womit diejenigen Güter bezeichnet sein sollen, die mit der Person untrennbar verbunden sind, wie das Recht auf Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Freiheit, Ehre, Kredit, Name, Firma und Geschäftsbezeichnung.[7] Das allgemeine Recht der Persönlichkeit ist nicht zu verwechseln mit dem Persönlichkeitsrecht. Specker bringt den Unterschied zwischen die-

---

[1] BGE 10; 367 ff.

[2] BGE 40. II. 620; BGE 52. II. 383; BGE 22; 185 ff.

[3] BGE 42. II. 600.

[4] BGE 17; 715: Recht am Namen; BGE 20; 1047: Recht an der Geschäftsbezeichnung; BGE 23; 262; 39. II. 267: Recht am Geschäftsschild; BGE 26. II. 82: Recht am eigenen Geschäftszeichen.

[5] Vgl. auch Bühler, S. 59/60 und die von ihm zitierten Beispiele.

[6] Eine auf alle Einzelheiten eintretende Darstellung der vielgestaltigen Meinungen im Schrifttum kann bei Reimer, S. 50 ff. verfolgt werden.

[7] Tuor, S. 69; gleichfalls Egger, S. 242 ff. und 255; Bauer, S. 10 ff.; Gierke, S. 702 ff.; von Tuhr, S. 328 ff.

sen beiden Rechten durch eine sinnvolle Formulierung zum Ausdruck: »Das Recht der Persönlichkeit ist eine Schale, bestimmt mit Rechten gefüllt zu werden; das Persönlichkeitsrecht ist ein Recht, bestimmt jene Schale zu füllen.«[8] Das Recht der Persönlichkeit erschöpft sich somit in dem allgemeinen Anspruch auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit und bildet den Rahmen der einzelnen Persönlichkeitsrechte, welche die Person in allen Einzelerscheinungen, in ihrer ganzen Persönlichkeitssphäre, um den Ausdruck Gierkes zu gebrauchen, schützen.

Die selbständige Natur des Persönlichkeitsrechts kommt aber auch dadurch zum Ausdruck, daß dieses seinen Namen aus dem Objekt, dessen Schutz es gewährleisten soll, aus diesem bestimmten Ausschnitt der Persönlichkeitssphäre schöpft. »So entstanden das Recht an der Ehre, am Namen, am Kredit, an der Geheimsphäre usw.«[9], Persönlichkeitsrechte also, die vom Schrifttum[10] und der Rechtssprechung stets anerkannt worden sind, deren Zahl noch nicht geschlossen ist und die umso größer wird, wie Callmann trefflich bemerkt, je höher die Kultur des Volkes ist.[11] Das Persönlichkeitsrecht ist ein subjektives Recht und nimmt im System die Stellung eines absoluten Privatrechts ein. Dies bedeutet, daß es Wirkung gegenüber jedermann hat und insbesondere auch schon in den Fällen bloßer Widerrechtlichkeit Rechtsschutz gewährt, die ein Verschulden des Störers nicht notwendig zur Voraussetzung haben.[12] Es bildet somit das Gegenstück zu der andern Gruppe subjektiver Rechte, den relativen Rechten, die nur bestimmten Personen gegenüber Geltung haben und erinnert in dieser Beziehung stark an die Sachenrechte. Diese letztere Eigenschaft findet ihren Ausdruck ganz besonders darin, daß bei Verletzung eines Persönlichkeitsrechts dem Verletzten neben der

---

[8] Specker, S. 3; so auch Gierke, S. 703 ff.; Vinassa, S. 103: »Von diesem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit sind die Persönlichkeitsrechte scharf abzugrenzen. Ihren Namen erhalten sie aus ihrer engen Beziehung zum Rechte der Persönlichkeit und aus der Tatsache, daß sie aus ihm hervorgegangen sind. Für Kohler, wie für Gierke, sind die Persönlichkeitsrechte die Rechte, welche die Herrschaft über einen Bestandteil der eigentlichen Persönlichkeitssphäre gewähren. Geschichtlich entwickelten sie sich aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit. Man fand es im Interesse einer klaren Systematik notwendig, diese einzelnen Erscheinungen der Persönlichkeit begrifflich zu verselbständigen und vom allgemeinen Rechte der Persönlichkeit zu trennen.«

[9] Vinassa, S. 104.

[10] Die Rechte als solche, als Einzelrechte, sind vom Schrifttum stets anerkannt, jedoch sehr oft ohne genügende Begründung von der Person losgelöst und daher unzutreffend als Immaterialgüterrechte bezeichnet worden. Auf diese Frage wird weiter unten näher eingetreten.

[11] Callmann, S. 29.

[12] Burckhardt, S. 52 ff.; Gierke, S. 706; Rosenthal, S. 1.

Schadenersatz- und Genugtuungsklage die weiteren Rechtsschutzmittel der Beseitigungs- und Unterlassungsklage zustehen, deren Geltendmachung nicht an ein Verschulden geknüpft ist.

Weitaus am heftigsten ist im Schrifttum jedoch die Frage umstritten, welche Rechte zu den Persönlichkeitsrechten zu zählen sind. So sehen Kohler[13], Rosenthal[14] und Specker[15] im Namen, in der Firma und in der Marke Persönlichkeitsrechte, während Lobe[16], einer der Hauptvertreter der Lehre vom Persönlichkeitsgedanken im Wettbewerbsrecht, sowie auch seine Gegner Reimer[17] und Callmann[18] — letzterer allerdings wieder im Widerspruch zu Reimer auch nur an Firma und Marke — an jedem dieser Rechte ein Immaterialgüterrecht annehmen.

Aehnliche Divergenzen ergeben sich für die Einteilung des Rechtsguts des Unternehmens im System. Während Kohler[19] das Unternehmen unter die Persönlichkeitsrechte einreiht, weisen Callmann[20], R. Isay[21], Lobe[22] und Reimer[23] dieses der Gruppe der Immaterialgüterrechte zu.

Eine von allen diesen Ansichten abweichende Meinung vertreten schließlich Gareis und Gierke. Indem diese Autoren einen Unterschied zwischen den Persönlichkeitsrechten und den Immaterialgüterrechten ablehnen und die letzteren in die ersteren miteinbeziehen, die Immaterialgüterrechte also als erweiterte Persönlichkeitsrechte mit Vermögenswert betrachten, sehen sie in den oben erwähnten Rechten durchwegs Persönlichkeitsrechte.[24] Eine derart weit-

---

[13] Kohler, S. 23.
[14] Rosenthal, S. 374.
[15] Specker, S. 53 ff.
[16] Lobe, S. 162 ff.
[17] Reimer, S. 58 ff.
[18] Callmann, S. 34: »Darum entspricht es nur der Betrachtung des wesentlichen Zweckes beider Begriffe, wenn man den Namen ein Persönlichkeitsrecht, die Firma ein Immaterialgüterrecht nennt.«
[19] Kohler, S. 22: »Allein das Unternehmen ist nichts anderes als die Persönlichkeit in ihrem zusammenhängenden Wirken.« S. 23: »Es ist eine oberflächliche Behandlungsweise des Persönlichkeitsrechtes, wenn man die Quelle des Rechts, die aus dem Wesen der Person hervorgeht, nicht weiterleitet bis in die Position, welche die Person in ihrem Wirken eingenommen hat.«
[20] Callmann, S. 32.
[21] R. Isay, S. 41.
[22] Lobe, S. 264.
[23] Reimer, S. 65 ff.
[24] Gareis, Grundriß, S. 60 ff.; Gierke, S. 706: »Die Persönlichkeitsrechte sind als solche keine Vermögensrechte. Sie können einen vermögensrechtlichen Inhalt aus sich entfalten oder in sich aufnehmen. In dem Maße, in dem ihr so erlangter Vermögenswert in den Vordergrund tritt, werden sie einer vermögensrechtlichen Ordnung zugänglich.« — Ferner an gleicher Stelle, S. 706: »Manche Persönlichkeitsrechte sind somit zugleich Vermögensrechte. Insoweit erscheinen

gehende, fast jedes Recht umfassende Begriffsbestimmung des Persönlichkeitsrechts, die eine klare Systematik der Einzelrechte nicht mehr ermöglicht, hat Kohler jedoch mit Recht angegriffen. »Gierke läßt den Baum des Persönlichkeitsrechts zu weit wachsen, und dieser Riesenbaum umspannt schließlich das ganze Rechtsgebiet; schließlich wird fast jedes Recht zum Persönlichkeitsrecht.«[25] Daß endlich das Immaterialgüterrecht aus dem Persönlichkeitsrecht herausgeboren wurde, sollte für Gierke keinen Grund bieten, die Selbständigkeit dieses Rechts anzuzweifeln, umsomehr er doch die andere Tatsache, daß das Persönlichkeitsrecht dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit entstammt und sich verselbständigt hat, anerkennt und beim Aufbau seiner Systematik der Persönlichkeitsrechte berücksichtigt. Die Auffassung von Gierke konnte denn auch einer Kritik Kohlers in der von ihm neu bearbeiteten Theorie der Persönlichkeitsrechte, welche von der schweizerischen Rechtssprechung allgemein anerkannt und als Vorbild angewendet wird, nicht standhalten. In der überaus plastischen Darstellung von Kohler, welche den Unterschied zwischen den Persönlichkeitsrechten und den Immaterialgüterrechten deutlich hervorhebt, kommen die Unterscheidungsmerkmale klar zum Ausdruck.

Aus der oben angestellten Betrachtung geht hervor, daß das Persönlichkeitsrecht den Schutz jener Rechtsgüter bezweckt, die mit der Person untrennbar verbunden sind und im Gegensatz zum Vermögensrecht stehen. Das Charakteristikum des Persönlichkeitsrechts ist somit die »Gesamtheit derjenigen Daseinserscheinungen des Menschen, die seine nichtvermögensrechtlichen Interessen darstellen; die Güter ohne Verwertungszweck, die als solche unlöslich mit der Person verbunden sind«[26], oder wie auch Vinassa erklärt, »Güter, die mit der Person so eng verbunden sind, daß sie mit ihr stehen und fallen«[27]; als solches ist daher das Persönlichkeitsrecht ein unübertrag-

---

sie als ‚absolute Vermögensrechte', als ‚Rechte an unkörperlichen Sachen' oder, wie man neuerdings zu sagen pflegt, als ‚Immaterialgüterrechte'.«

Gleicher Ansicht ist Hafter, S. 373: »Was heißt immaterielle Rechte? Rechte an Dingen, die nicht mit den Händen zu greifen sind. Aber entscheidend ist hier nicht dieses Negative, sondern das Positive, daß es sich um Rechte besonderer Art handelt, die dem Menschen um seiner Persönlichkeit willen zustehen — Persönlichkeitsrechte, die sich für den einzelnen aus seinen wirtschaftlich-geschäftlichen Verhältnissen, in bestimmten Fällen auch aus seinen geistigen Potenzen ergeben. Es handelt sich um Persönlichkeitsrechte mit Vermögenswert.«

Noch deutlicher auf S. 383: »Art. 98 (Freiburger Strafgesetz) schützt also ein Persönlichkeitsrecht, ein immaterielles Güterrecht, die Kundschaft.«

[25] Kohler, Urheber- und Verlagsrecht, S. 1.

[26] Callmann, S. 30.

[27] Vinassa, S. 77.

bares, höchst persönliches Recht.[28] Das Gegenstück zu den Persönlichkeitsrechten, das genaue Negativ derselben, stellen die Immaterialgüterrechte dar, welche als reine Vermögensrechte übertragbar sind, also von der Person losgelöst und damit Objekt des Rechtsverkehrs werden können. Kohler bezeichnet diese absoluten Rechte als Rechte an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht faß- und nicht greifbaren Rechtsgut, welches sich vom Schöpfer abgelöst hat.[29] Aus dem Gesagten ergibt sich somit, daß das Persönlichkeitsrecht stets die Person selbst zum Gegenstand hat, während das Objekt des Immaterialgüterrechts eine unkörperliche Sache bildet. Nachdem nun die Theorie des Persönlichkeitsrechts der Lehre vom Immaterialgüterrecht gegenübergestellt worden ist, drängt sich uns die Frage auf, welcher Auffassung zugestimmt werden soll. Eine Beantwortung dieser Frage setzt jedoch voraus, daß wir konsequent die Frage nach dem zu schützenden Rechtsgut im Auge behalten. Wenn wir die zahlreichen Entscheidungen in der schweizerischen Judikatur überblikken, so sehen wir einerseits, daß die unerlaubte Wettbewerbshandlung in vielen Fällen Rechtsgüter verletzte, in denen zweifellos Persönlichkeitsrechte zu erblicken sind, während andererseits eine große Zahl von Entscheidungen die Verletzung von Immaterialgüterrechten klar zum Ausdruck bringt. Aus dieser Tatsache dürfen wir schließen, daß keiner der oben erwähnten Theorien ausschließlich beigetreten werden kann, daß jede wohl ihre begründete Berechtigung hat, einen brauchbaren Kern in sich birgt, daß aber die starre, konsequente Einhaltung der einen oder auch der andern Lehre für eine sichere Urteilsfindung nicht ausreicht und nie auf alle Fälle des unerlaubten Wettbewerbs zutrifft. Auf diesen Umstand hat auch schon Elster hingewiesen, indem er erklärt, daß die Anwendung der Persönlichkeitsrechtstheorie die vermögensrechtliche Seite des unerlaubten Wettbewerbs übersehe.[30] Die Praxis des Bundesgerichts erbringt uns übrigens den Beweis, daß der unerlaubte Wettbewerb gerade durch seine Doppelwirkung charakterisiert wird, daß er sowohl in die personenrechtliche als auch in die vermögensrechtliche Sphäre des Wettbewerbers,

[28] Kohler, Warenzeichenrecht, S. 64 ff.

[29] Kohler, Urheber- und Verlagsrecht, S. 1; Kohler, Musterrecht, S. 38 ff.; Lobe, S. 319 ff.; Burckhardt, S. 88: »Durch die Unkörperlichkeit ihres Gegenstandes unterscheiden sich die Rechte des sogenannten immateriellen Güterrechts vom Eigentum an Sachen.« Burckhardt rechnet die immateriellen Güterrechte, wie zum Beispiel Patente, Muster, Modelle, usw., ebenfalls zu den absoluten Rechten.

[30] Elster, S. 12.

oft aber sogar in beide zugleich, eingreifen kann. Wenn nun aber die Doppelwirkung des unerlaubten Wettbewerbs doch nicht zu leugnen ist, so ergibt sich von selbst, daß mit der Annahme nur eines geschützten Rechtsguts der wettbewerbsrechtliche Schutz nur gegenüber einer beschränkten Zahl von Tatbeständen wirksam ist. Aus dieser Erkenntnis hat denn auch der Entwurf mehrere Rechtsgüter in seine Generalklausel aufgenommen und damit die Anwendung beider Theorien, die ja nicht im Widerspruch zueinander stehen und sich gegenseitig in ihrer Schutzwirkung nur vervollständigen, für die Urteilsfindung ermöglicht. In der folgenden Darstellung sollen nun die verletzbaren Rechtsgüter behandelt und ihre Einreihung ins System versucht werden.

I. Die gewerbliche Tätigkeit.

»Unter Erwerbstätigkeit verstehen wir den Inbegriff jener menschlichen Betätigung, die auf die Erlangung von Geld und geldeswerten Gütern gerichtet sind. Der Zustand, der in der ungehemmten Abwicklung dieser Betätigungen besteht, bedeutet für jeden ein Gut; denn er bildet die wertvolle Grundlage der ökonomischen Besserstellung des Individuums.«[31] Das Rechtsgut der gewerblichen Tätigkeit hat indessen im Entwurf zu einem Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb keine Aufnahme gefunden. Dies ist vor allem deshalb zu bedauern, weil einerseits die gewerbliche Tätigkeit bei vielen Vertretern des Schrifttums, so vor allem bei Lobe, dessen Lehre die gewerbliche Tätigkeit als notwendiger Schutzgegenstand am eingehendsten darstellt, Anerkennung gefunden hat und andererseits gerade die schweizerische Rechtssprechung wiederholt ihre Urteile nur auf die Verletzung dieses Rechtsguts gestützt und damit den Beweis erbracht hat, daß gewissen Tatbeständen des unerlaubten Wettbewerbs diese ausschließliche Wirkung immanent ist und der verletzte Wettbewerber in solchen Fällen nur noch unter Berufung auf dieses widerrechtlich beeinträchtigte Rechtsgut geschützt werden kann.[32] Daß diesem Rechtsgut vielleicht aber auch absicht-

[31] Specker, S. 80.

[32] R. Isay, S. 18; Lobe, S. 174 ff.; Rosenthal, S. 17; Schoenberg, Beiträge, S. 334 ff.; Guhl, S. 92: »Der wichtigste und häufigste Fall der widerrechtlichen Schädigung ist bei Verletzung der Persönlichkeit, insbesondere in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, gegeben.« BGE 22; 627; BGE 33. II. 118; BGE 52. II. 383.

lich nicht mehr Beachtung geschenkt wurde, liegt wohl darin begründet, weil die mit der Ausarbeitung des Entwurfs betrauten Kreise in der Aufnahme desselben die Gefahr eines zu weitgehenden Schutzes erblickten. Diese an sich durchaus berechtigte Vorsicht hätte jedoch nicht angewendet zu werden brauchen, da das Bundesgericht in unmißverständlicher Weise einem allzu ausgedehnten Schutz entgegensteuert und damit eine von diesen Kreisen befürchtete empfindliche Einschränkung des freien Wettbewerbs, welche allerdings dem Grundsatz des Art. 31 der Bundesverfassung widersprechen würde, verhindert.[33] Die gewerbliche Tätigkeit könnte daher de lege ferenda ohne Bedenken als ein gegen Störungen und Beeinträchtigungen der wirtschaftlich sich betätigenden Persönlichkeit zu schützendes Rechtsgut den andern vom Entwurf geschützten Rechtsgütern, wie der Kundschaft, dem Kredit und den Grundlagen der Wettbewerbsfähigkeit, gleichgestellt werden.

Wie ist nun dieses Rechtsgut entstanden und welche Stellung nimmt es im Rechtssystem ein? Aus den Betrachtungen über das allgemeine Recht der Persönlichkeit entnehmen wir, daß aus diesem Recht, welches sich in dem allgemeinen Anspruch auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit erschöpft, selbständige Persönlichkeitsrechte hervorgegangen sind, welche jene Rechtsgüter schützen, die mit der Person untrennbar verbunden sind und deren Gesamtheit die Persönlichkeitssphäre des Menschen ausmachen. Als ein solches, aus dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit heraustretendes Persönlichkeitsrecht müssen wir das Recht an der Betätigung erblicken, ein mit der Person untrennbar verbundenes Rechtsgut, welches als ein Ausfluß des allgemeineren Rechts der Freiheit zu erklären ist. »Wie der Mensch in seinem Sein, so bedarf er auch in seinem Tun des Rechtsschutzes. Alles Tun aber ist der Mensch selbst in einem bestimmten Zustande, darum bedeutet der Rechtsschutz, der die Betätigungen des Menschen trifft, Rechtsschutz für den Menschen selbst.«[34] Mit diesen Worten beweist ebenfalls Lobe, daß die Be-

---

[33] BGE 22; 627. In diesem Urteil stellt das Bundesgericht den Grundsatz auf, daß die gewerbliche Tätigkeit kein unbegrenztes Recht sei und dieses Recht seine natürliche Beschränkung durch das gleiche Recht jedes andern finde.

[34] Lobe, S. 164.

R. Isay, S. 16: »Das ‚Betätigungsrecht' ist selbstverständlich ein Persönlichkeitsrecht, da es sich auf Zustände und Aeußerungen der eigenen Person bezieht, somit nicht übertragbar und nicht vererblich.«

Gierke, S. 713: »In dem Rechte der Persönlichkeit ist das Recht freier Betätigung der eigenen geistigen und leiblichen Kräfte innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken enthalten.«

Egger, S. 245: »Grundlage der eigenen Betätigung ist die natürliche Bewegungsfreiheit.«

tätigung ein der Person immanenter Bestandteil ist. Nachdem aber das Recht an der Betätigung als Persönlichkeitsrecht anerkannt war, bedeutete es nunmehr einen kleinen Schritt bis zur Anerkennung eines besonderen Rechts auch an der gewerblichen Tätigkeit, die ja als ein Teil des ersteren betrachtet werden muß.[35] Wegleitend für die Begründung eines selbständigen Persönlichkeitsrechts an der gewerblichen Tätigkeit war Art. 31 der Bundesverfassung. Die in diesem Verfassungsgrundsatz gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit stellt eine Norm des öffentlichen Rechts dar. Durch analoge Ausdehnung der öffentlich-rechtlichen Handels- und Gewerbefreiheit auf das Privatrecht, nehmen die Mehrzahl der Vertreter des Schrifttums, vor allem aber das schweizerische Bundesgericht, mit Recht auch eine privatrechtliche Handels- und Gewerbefreiheit an und leiten nun aus dieser das Recht an der gewerblichen Tätigkeit ab, ein subjektives Recht, das gleich den andern Persönlichkeitsrechten als ein absolutes, gegenüber jedermann geltendes Recht anzusprechen ist[36]. Während eine Uebertragung des allgemeinen Rechts der Persönlichkeit auf die wirtschaftliche Persönlichkeit weder im Schrifttum noch in der Rechtssprechung bestritten wird und ein analoges allgemeines Recht auf Achtung und Geltung auch der wirtschaftlichen Persönlichkeit Zustimmung findet, gibt die Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechts an der gewerblichen Tätigkeit Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten, indem ein solches entweder grundsätzlich abgelehnt oder doch die absolute Wirkung dieses Rechts angezweifelt wird. So entzieht das Reichsgericht der gewerblichen Tätigkeit ausdrücklich den Rechtsschutz.[37] Daß sich diese Auffassung des obersten deutschen Gerichtshofes in der Folge jedoch

---

[35] Osterrieth, S. 403: »Der Schutz gegen unerlaubten Wettbewerb ist ein Ausfluß des allgemeinen Rechts der Persönlichkeit. Er stellt sich dar als der Schutz der Person gegen Beeinträchtigungen und Störungen der gewerblichen Tätigkeit.«

Gierke, S. 713: »Auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit treten jedoch besondere Persönlichkeitsrechte privatrechtlicher Prägung aus dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit heraus.« Ebenso R. Isay, S. 18.

[36] Egger, S. 237: »Wenn das öffentliche Recht eine Freiheit gewährleistet, darf auch die entsprechende private Freiheit nicht illusorisch gemacht werden. BV. Art. 31 gewährleistet das System des freien Wettbewerbs. Dann darf dieses auch privatrechtlich nicht vereitelt werden. Der Grundsatz des Art. 31 erhält somit eine übertragene Bedeutung auch für den Zivilrichter.« Vgl. auch Bühler, S. 40. BGE 52. II. 383: »Indirekt kommt Art. 31 BV jedoch auf dem Boden des Privatrechts insofern Bedeutung zu, als, wenn es den Behörden nicht gestattet ist, in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte einzugreifen, auch der Richter auf außervertraglichem Gebiete einer Interessensgemeinschaft die Zwangsgewalt des Staates zur Beschränkung der freien Konkurrenz nicht zur Verfügung stellen darf.«

[37] Vgl. die bei Callmann, S. 28 zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts.

nicht halten ließ, geht daraus hervor, daß das Reichsgericht, im Interesse einer gerechten Urteilsfindung, verschiedenen Entscheidungen trotzdem eine Verletzung der gewerblichen Tätigkeit zugrunde legen mußte.[38] H. Isay und Troller dagegen versuchen die gewerbliche Tätigkeit dadurch aus dem Kreis der geschützten Rechtsgüter zu eliminieren, daß sie diesem Recht die absolute Wirkung absprechen. Den Meinungen der beiden Autoren kann jedoch deshalb nicht zugestimmt werden, weil diese für das Vorhandensein eines absoluten Rechts eine derart weitgehende Wirkung desselben voraussetzen, daß es dadurch praktisch zu einem schrankenlosen Recht gestempelt würde.[39] Der Voraussetzung einer schrankenlosen Wirkung könnte jedoch nicht nur das Recht an der gewerblichen Tätigkeit nicht genügen, sondern jedes andere absolute Recht überhaupt; sogar das Recht am Eigentum würde einer Begriffsbestimmung des absoluten Rechts in diesem Sinne nicht mehr entsprechen. Dies kann jedoch nicht sein. Wenn das absolute Recht der gewerblichen Tätigkeit auch als ein gegenüber jedermann geltendes Recht dargestellt wurde, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß sich aus ihm eine unbeschränkte Ausschlußmacht herleiten läßt.[40] »Kein Recht ist schrankenlos. Auch das Eigentum gibt die volle Herrschaft über die Sache nur in den Schranken der Rechtsordnung. Diese Schranken sind ihm immanent. Sie dienen der Wahrung der Interessen der Nachbarn, der übrigen Rechtsgenossen, der Allgemeinheit. Dieser inhaltlichen Begrenzung bedarf auch der Schutz der persönlichen Güter. Wohl sind sie empfindlich und schutzbedürftig. Aber der Verletzer verletzt sie in Betätigung seiner eigenen Persönlichkeit und beruft sich auf sein Betätigungsrecht. Je weiter der Schutz der einzelnen persönlichen Güter reicht, desto mehr wird die Betätigungsfreiheit eingeschränkt. Unbeschränkter Schutz der persönlichen Güter wäre der Tod der persönlichen Freiheit. Der Schutz der letzteren kann nur soweit reichen, als mit jener verträglich. Das Persönlichkeitsrecht ist — in diesem Sinn — relativ, es ist elastisch, es ist bedingt durch das gleiche Recht des Andern. Sein Umfang wird bestimmt durch die Lage des Einzelfalles.«[41] Daß der Dritte auf Grund eines eigenen

---

[38] Vgl. die bei H. Isay, S. 29 zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts vom 9. 12. 31 und vom 19. 3. 32.

[39] Troller, S. 20 ff.; H. Isay, S. 32: »Ein absolutes Recht an der eigenen Persönlichkeit besteht nicht, insbesondere auch nicht in der Beschränkung auf ihre gewerbliche Tätigkeit, da eben ein Verbietungsrecht gegenüber jeder Beeinträchtigung durch Dritte nicht besteht.«

[40] Vgl. Lobe, S. 221 und Mertzlufft, S. 15.

[41] Egger, S. 255; ferner Osterrieth, S. 403: »Indessen begründet nicht jede Handlung, die die gewerbliche Tätigkeit eines andern stört, einen Eingriff in

subjektiven Rechts, und als solches ist das Recht auf freien Wettbewerb zweifellos zu verstehen, eine Störung des andern Wettbewerbers in seiner gewerblichen Tätigkeit in erlaubtem Rahmen vornehmen darf, hat auch das Bundesgericht anerkannt und damit einen zu ausgedehnten Schutz dieses absoluten Rechts, der schließlich nur die Sicherung einer mehr oder weniger gefestigten, behaglichen Existenz vor überlegenen und daher unbequemen Wettbewerbern zum Inhalt hätte, verhindert.[42] Die feste Demarkationslinie jedoch, welche die erlaubte von der unerlaubten Störung trennt, wird immer durch den Grundsatz von Treu und Glauben gezogen.

Zusammenfassend stellen wir fest, daß das Recht an der gewerblichen Tätigkeit als ein gegen den unerlaubten Wettbewerb zu schützendes Rechtsgut im Entwurf aufgenommen zu werden verdient und diesem Recht die Eigenschaften eines *absoluten Rechts* nicht abgesprochen werden können.

II. Die Kundschaft.

Das Ziel des Konkurrenzkampfes, zu dessen Erreichung der Gewerbetreibende sein höchstes berufliches Können und seinen ganzen Fleiß einsetzt, wird durch die Kundschaft verkörpert. Infolge der hohen Bedeutung der Kundschaft für die wirtschaftliche Existenz des Gewerbetreibenden ist es nur natürlich, daß diesem empfindlichsten aller gegen unreelle Geschäftspraktiken zu schützenden Rechtsgüter im Entwurf zu einem Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb ganz besondere Aufmerksamkeit geschenkt und durch die Generalklausel des Art. 1 ebenfalls Rechtsschutz gewährt wird. Wäh-

---

dessen Persönlichkeitsrecht. Denn im natürlichen Getriebe der sich reibenden und stoßenden Betätigungssphären sind Störungen und Schädigungen unvermeidlich. Jeder Erfolg des einen Wettbewerbers bedeutet immer ein Zurückbleiben anderer.«

[42] BGE 22; 627: »Ein solches individuelles Recht der Kläger, gerichtet auf freie Ausübung ihres Handels und Gewerbes und ungehinderte Benutzung des dazu offenstehenden Marktes, ist in der Tat anzuerkennen. Allein dasselbe ist kein unbegrenztes, sondern es findet seine natürliche Beschränkung in dem gleichen Recht jedes andern. Wenn also ein Dritter, innerhalb der Schranken der allgemeinen Rechtsordnung sich dem Absatzgebiet der Kläger zuwendet, und diese durch sein Angebot daraus verdrängt, so liegt darin allein noch kein Eingriff in ihre Privatrechtssphäre; denn der Dritte handelt vollkommen innerhalb seines Rechts, welches die Kläger auch ihrerseits anerkennen müssen.«

Germann, Rechtsfindung, S. 49 ff.: »Man braucht sich im Wettbewerb nicht prinzipiell vor Schädigung der Kundschaft oder des Kredites der Mitbewerber zu hüten. Eine Versteifung der im Wirtschaftsleben erlangten Position widerspricht dem Charakter des Wettbewerbsrechtes.«

rend über den Begriff der Kundschaft im wirtschaftlichen Sinne im Schrifttum Einigkeit herrscht und dieselbe als eine Anzahl von Personen, die infolge ihres Vertrauens in die bessere Leistungskraft des Unternehmers gewillt sind, die Leistungen von ihm abzunehmen, dargestellt wird, bestehen umso größere Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsnatur und die Stellung derselben im System.

Eine völlig negative Einstellung vertreten Lobe und Weiß, indem sie ein Recht an der Kundschaft grundsätzlich ablehnen.[43] Gleicher Ansicht ist Troller, welcher die Untauglichkeit der Kundschaft als zu schützendes Rechtsgut dadurch zu begründen versucht, daß ein neu gegründetes Unternehmen, das gänzlich unbekannt auf den Markt tritt und somit noch keine Kundschaft besitze, auf den Schutz gegen unerlaubten Wettbewerb verzichten müßte.[44] Abgesehen davon, daß gerade dieses Beispiel die Notwendigkeit der Annahme mehrerer Rechtsgüter zur Erreichung eines jeden Tatbestand erfassenden Schutzes klar zum Ausdruck bringt, kann diese Auffassung deshalb nicht übernommen werden, weil die Konstruktion eines so seltenen Spezialfalles wohl kaum dazu geeignet sein dürfte, die Schutzwürdigkeit der Kundschaft in Frage zu stellen. Diese Ausnahme, welche die Regel nur zu bestätigen vermag, spricht gerade für die Aufstellung einer besonderen Schutznorm für dieses Rechtsgut. Weitaus die Mehrzahl der Autoren nehmen dagegen ein Recht an der Kundschaft an, kommen jedoch bei der Einreihung dieses Rechts im System zu verschiedenen Resultaten. So ziehen Canner und Korrodi auf Grund ihrer Untersuchungen über das Wesen der Kundschaft den Schluß, daß an ihr ein Persönlichkeitsrecht anzuerkennen sei.[45] Da aber beide Autoren zugleich den großen Vermögenswert der Kundschaft betonen, kann diese Lösung nicht als befriedigend bezeichnet werden, wenn die von Kohler ausgeführte Trennung der Persönlichkeitsrechte von den Immaterialgüterrechten fruchtbar werden soll. Die Begründung allein, daß die Kundschaft in enger Beziehung zu der Person des Gewerbetreibenden stehe, kann außerdem für die Annahme eines Persönlichkeitsrechts nicht als ausreichend betrachtet werden, da letzten Endes sich jedes Recht irgendwie mit der Person in Verbindung bringen läßt. »Wenn beim Schutze der Kundschaft auch per-

---

[43] Lobe, S. 180 ff.; Weiß, S. 24.

[44] Troller, S. 20.

[45] Canner, S. 339: »Nun ist aber das Recht darauf, daß die geschäftlichen Beziehungen zu einem bestimmten Personenkreis, die wir Kundschaft nennen, nicht wider Treu und Glauben gestört werden, zweifellos ein Persönlichkeitsrecht.«

Korrodi, S. 22: »In dem Einbruch in fremde Absatzverhältnisse liegt daher die Verletzung eines Individualrechts.«

sönlichkeitsrechtliche Momente mitspielen können, so ist das rein zufällig und aus der Tatsache zu erklären, daß das Recht der Persönlichkeit als allgemeiner Anspruch auf Achtung und Geltung alle andern Rechte begleitet.«[46] Eine Anerkennung des vermögensrechtlichen Charakters der Kundschaft ist schließlich bei Schuler und Simon festzustellen, welche, ohne indessen ihre Stellungnahme näher zu begründen, dieselbe als ein Immaterialgüterrecht ansehen.[47]

Vinassa hingegen kann sich weder für die ausschließliche Annahme eines Persönlichkeitsrechts noch für die eindeutige Erklärung eines Immaterialgüterrechts an der Kundschaft entschließen und konstruiert aus ihr ein nach zwei Richtungen sich äußerndes »Doppelgut«, welchem er den Schutz beider Rechte gleichzeitig zukommen läßt.[48] Seine Auffassung wird unterstützt von R. Isay, dessen Theorie ebenfalls zwei Arten von Kundschaften erwähnt: »Aehnlich wie nämlich das englische Recht örtlichen oder persönlichen *goodwill* voneinander trennt, kann man unterscheiden zwischen einer Kundschaft, die an der Person des Unternehmers, und einer solchen, die an dem Unternehmen selbst haftet. Bald sind es nämlich die besonderen persönlichen Vorzüge des Unternehmers, seine Tüchtigkeit und Liebenswürdigkeit, bald andererseits die vorzüglichen Einrichtungen, die geschickte Organisation und die Kapitalkraft des Unternehmens, worauf das Vertrauen der Kunden beruht.«[49] Wenn auch dieser Unterscheidung zwischen zwei Arten von Kundschaften eine gewisse theoretische Bedeutung zukommen mag, so kann doch aus ihr für die Beurteilung der Frage, welche Art von Kundschaft im gegebenen Fall verletzt ist, praktisch nicht viel gewonnen werden, da es in der Regel gar nicht möglich sein wird, festzustellen, ob die Ursache des Vertrauens die persönlichen Vorzüge des Unternehmers oder die treffliche Organisation des Unternehmens darstellen.

Aus den hier angeführten Meinungen der verschiedenen Autoren ist ersichtlich, daß es ungemein schwer fällt, sich auf Grund derselben ein auch nur annähernd klares Bild von der Natur dieses Rechts zu machen. Daß eine Beurteilung des Rechts an der Kundschaft die oben erwähnten Autoren zu derart verschiedenen Resultaten kommen läßt, ist unserer Ansicht nach darauf zurückzuführen,

---

[46] Bühler, S. 64.

[47] Schuler, S. 11; Simon, S. 50.

[48] Vinassa, S. 106 ff., bes. S. 110: »Zusammenfassend ist zu sagen, daß in der überwiegenden Anzahl der Fälle die Kundschaft einen gemischten Charakter aufweist und daß demnach auch die Rechte, die sie zu schützen haben, teils persönlicher, teils vermögensrechtlicher Natur sind.«

[49] R. Isay, S. 32.

daß dem Vermögenswert der Kundschaft für den Gewerbetreibenden zu wenig Beachtung geschenkt und derselbe sehr oft nur als nebensächliche, ja sogar fragliche Begleiterscheinung dieses Rechts hingestellt wird. Rückt man das Problem in das richtige Licht, so kann nicht geleugnet werden, daß gerade der Vermögenswert der Kundschaft von ausschlaggebender Bedeutung ist.[50] Diese Tatsache, das Auftreten der Kundschaft als Bestandteil des Vermögens, anerkennt denn auch das Bundesgericht, wenn es die wider Treu und Glauben erfolgende Entziehung von Kundschaft als Verletzung eines Vermögensrechts des Gewerbetreibenden betrachtet.[51] Die Annahme eines Vermögensrechts rechtfertigt jedoch nicht nur der diesem Recht immanente Vermögenswert, sondern ganz besonders auch die Uebertragungsfähigkeit der Kundschaft. Mit der Möglichkeit, die Kundschaft von der Person loszulösen und sie Gegenstand eines Rechtsgeschäfts werden zu lassen, eine in der Praxis längst bekannte Erscheinung, nähert sich aber dieses Recht immer mehr einem *Immaterialgüterrecht*.[52] Schließlich wird auch der letzte Zweifel, daß an diesem Recht ein Immaterialgüterrecht zu erblicken ist, dadurch beseitigt, daß die tatsächlichen Beziehungen des Gewerbetreibenden zu seiner Kundschaft, wie sie gelegentlich in Kundenlisten ihren Ausdruck finden, nur als eine unkörperliche Sache vorstellbar sind. Damit hat aber das Recht an der Kundschaft alle Voraussetzungen für das Vorliegen eines Immaterialgüterrechts erfüllt.

III. Der Kredit.

Im Gegensatz zum Barverkehr, bei welchem auf eine Leistung unmittelbar, gleichzeitig eine Gegenleistung folgt, beruht das Prinzip des Kreditverkehrs darauf, eine gegenwärtige Leistung des Kredit-

[50] M. M. Kohler, S. 11: »Die Kundschaft ist dasjenige immaterielle Gut, das durch die fortgesetzte Gewerbetätigkeit erworben wird, das nach dem allgemeinen Wertmesser abschätzbar ist und einen Vermögenswert repräsentiert.

[51] BGE 10: 367: »Nun ist aber im vorliegenden Fall unzweifelhaft festgestellt, daß einerseits der Beklagte sich einer rechtswidrigen, auf Schädigung der Kläger durch Entziehung der Kundschaft ihres Kurhauses abzielende und zur Herbeiführung dieses Erfolges völlig geeignete Handlung hat zuschulden kommen lassen und daß andererseits eine Verminderung der Frequenz des klägerischen Kuretablissements und damit eine Vermögenseinbuße für die Kläger wirklich eingetreten ist.« Vgl. auch Grimmlinger, S. 21.

[52] Canner, S. 338: »Daß nämlich der Kundschaft eines Gewerbetreibenden nach der Verkehrsauffassung ein Geldwert zukommt, zeigt sich in der bekannten Praxis, beim Verkauf eines bestehenden Unternehmens bei der Preisberechnung zuweilen einen unter Umständen recht erheblichen Betrag einzusetzen«; Egger, S. 242.

gebers durch eine erst in der Zukunft liegende Gegenleistung des Kreditnehmers auszugleichen.[53] Der Kredit, dessen Entstehung mit dem Auftreten des Handels eng verknüpft ist, stellt wohl eine der bedeutendsten wirtschaftlichen Schöpfungen dar und beherrscht das ganze moderne Wirtschaftsleben. Während die Rechtsnatur des Kredits in der Theorie umstritten ist, stimmen doch die Auffassungen bezüglich der Verwendung dieses Ausdrucks in diesem Zusammenhang überein, »daß Kredit das Vertrauen in die Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit, in das Leistenwollen und Leistenkönnen einer Person bedeutet, oder, wie andere zusammenfassend sagen, das Vertrauen, daß jemand hinsichtlich der Erfüllung seiner vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten genießt.«[54] Die gewaltige Bedeutung, welche der Kredit im Laufe der Entwicklung des Handels für den Geschäftsmann erlangt hat, läßt sich leicht daran ermessen, daß ein Unternehmen ohne Kredit beim heutigen Stand des Wirtschaftslebens überhaupt nicht lebensfähig wäre. Erweist sich dadurch der Kredit als lebenswichtige Voraussetzung für die Existenz eines jeden Unternehmens, so erscheint es nur als gerechtfertigt, wenn der Entwurf auch diesem wichtigen Rechtsgut ausgiebigen Schutz angedeihen läßt und widerrechtliche Angriffe gegen die Kreditwürdigkeit des Gewerbetreibenden, welche das Vertrauen in dessen Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit zu erschüttern vermögen, verbietet.

Wie bereits oben erwähnt wurde, gehen die Meinungen im Schrifttum bezüglich der Rechtsnatur des Kredits auseinander. In der Hauptsache lassen sich zwei Gruppen einander gegenüberstellen. Die Vertreter der einen Gruppe, welcher Lobe und Weske angehören, betrachten den Kredit als ein Immaterialgüterrecht und begründen ihre Ansicht damit, daß die Verletzung dieses Rechtsguts regelmäßig einen vermögensrechtlichen Schaden erzeuge.[55] Gleicher Auffassung ist das schweizerische Bundesgericht, welches ebenfalls aus dem Um-

---

[53] Schäfer, S. 1: »Die Bedeutung des Kredits besteht lediglich in der Zeitausgleichung.«

[54] Specker, S. 115; ferner Gareis, Handelsrecht, S. 569 ff.; Hafter, S. 374 ff.; Minoprio, S. 50 ff.; Pinner, S. 112.

[55] Lobe, S. 263 und 265, Weske, S. 42/43: »Gerade der Kredit ist in der Gegenwart eines der wichtigsten Immaterialgüter. ... Wir haben es hier mit einem absoluten Recht zu tun; denn das Recht auf Kreditschutz ist weder ein obligatorisches, noch ein dingliches. Es hat mit den übrigen immateriellen absoluten Rechten die Eigenschaft gemein, daß man von ihm erst in dem Augenblick Gebrauch machen kann, in welchem es verletzt wird. Genau so, wie der Inhaber eines technischen Privilegiums, eines Patentes, eines Musterschutzes, solange eine Verletzung solcher immaterieller Güter nicht vorliegt, den Rechtsschutz für ein Immaterialgut nicht betätigen kann, genau so kann der einzelne den Kreditschutz solange nicht betätigen, als der Kredit nicht verletzt ist.«

stand, daß eine Schädigung des Kredits oft auch eine Vermögensschädigung zur Folge habe, den Schluß zieht, daß es sich hier nur um ein selbständiges Vermögensrecht handeln könne.[56] Die Richtigkeit dieser Lehre muß jedoch deshalb bezweifelt werden, weil dieses Rechtsgut den Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Immaterialgüterrechts in keiner Weise genügt. Das Immaterialgüterrecht, ein reines Vermögensrecht, ist als solches übertragbar und hat eine unkörperliche Sache zum Gegenstand. Daß von einem reinen Vermögensrecht am Kredit nicht gesprochen werden darf, ergibt sich daraus, daß in der Praxis tatsächlich Verletzungen dieses Rechtsguts vorkommen, die keine Vermögensschädigung nach sich ziehen.[57] Auf diese Möglichkeit weist auch Specker hin[58], obschon seinen weiteren Ausführungen, daß der Kredit nie als unmittelbares Verletzungsobjekt erscheine, nicht zugestimmt werden kann, da zum Beispiel Aeußerungen, es habe jemand seine Zahlungen eingestellt oder seine Wechsel nicht mehr eingelöst, zweifellos direkte Angriffe auf dieses Rechtsgut darstellen. Wenn auch eine Kreditschädigung sehr oft eine Vermögensschädigung bewirkt, so erfährt damit die Annahme eines Vermögensrechts, aus welchem sich ein positiver Vermögenswert des Kredits ableiten ließe, noch keine hinreichende Rechtfertigung, da schließlich diese Wirkung gleichfalls die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts, wie zum Beispiel die Verletzung des Rechts an der Ehre oder am Namen, zur Folge haben kann. Letzten Endes dürfen wir aber auch deshalb den Kredit nicht zu einem konkreten Bestandteil des Vermögens erheben, weil dieses Rechtsgut mit der Person untrennbar verbunden ist und eine Uebertragung desselben auf irgend eine andere Person praktisch ausgeschlossen ist.

Die Vertreter der andern Gruppe, zu denen Hafter, Huber, Specker, Tuor und Vinassa zu zählen sind, nehmen dagegen am Kredit zutreffend ein Persönlichkeitsrecht an.[59] Die Auffassung dieser Auto-

---

[56] BGE 31. II. 245: »Denn der Kredit ist ein vermögensrechtliches Gut; das Interesse an der Erhaltung des Kredits kommt dem Interesse an der Solvenz der Vermögensintegrität der Person gleich, und eine Schädigung des Kredits würde daher eine Schädigung des Vermögens, diesen Begriff in dem weiten Umfange des Inbegriffs der gesamten geldwerten Güter einer Person gefaßt, bedeuten.« Vgl. ferner BGE 20; 434 ff. und 43. II. 58 ff.

[57] BGE 11; 200: »Infolge dieses Inserates sind, nach Feststellung der Vorinstanzen, bei der Kantonalbank Sparguthaben zu einem erheblichen Betrag zurückgezogen worden; es ist indessen hieraus der Kantonalbank, nach ihrer eigenen Angabe, wegen des augenblicklichen Standes des Geldmarktes, ein materieller Schaden nicht entstanden.«

[58] Specker, S. 116: »Der Kredit eines Menschen kann unter Umständen stunden- und tagelang erschüttert sein, ohne daß er den geringsten Schaden erleidet.«

[59] Hafter, S. 374; Huber, S. 60; Specker, S. 116; Tuor, S. 69; Vinassa, S. 83.

ren verdient schon aus dem Grund übernommen zu werden, weil gerade aus den hier angeführten Argumenten, welche der Anerkennung eines Immaterialgüterrechts entgegenstehen, der Beweis für das Bestehen eines Persönlichkeitsrechts am Kredit eindeutig hervorgeht. So, wie das Recht an der gewerblichen Tätigkeit als besonderes Persönlichkeitsrecht aus dem allgemeineren Recht der Betätigung herausgetreten ist, genau so muß auch der Kredit als ein Ausfluß des allgemeineren Rechts an der Ehre betrachtet werden. »Der Kredit ist die wirtschaftliche Seite der Ehre, das heißt das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit.«[60] Daß dieses Vertrauen, welches die Person hinsichtlich ihrer Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit genießt, sich als ein ihr immanenter Bestandteil erweist, findet seine Bestätigung auch darin, daß dasselbe an eine ganz bestimmte Person geknüpft ist und sich nicht beliebig auf einen andern Gewerbetreibenden übertragen läßt. Daraus dürfen wir den Schluß ziehen, daß das Recht, das den Gewerbetreibenden in seinem Verhältnis zu seinen Gläubigern schützt und ihm die Erhaltung der durch seine geschäftliche Tüchtigkeit einmal geschaffenen Kreditwürdigkeit vor widerrechtlichen Angriffen sichern soll, ein *Persönlichkeitsrecht* ist, ein absolutes Recht, welches mit der Person des Gewerbetreibenden steht und fällt.

IV. Die Grundlagen der Wettbewerbsfähigkeit (Das Unternehmen).

Mit der Aufnahme der »Grundlagen der Wettbewerbsfähigkeit« in den Kreis der gegen unerlaubten Wettbewerb geschützten Rechtsgüter schließt die Generalklausel des Entwurfs die Aufzählung der Schutzgegenstände des Wettbewerbsrechts ab. Wie aus der Botschaft des Bundesrates vom 11. Juni 1934 hervorgeht, sind unter diesem Ausdruck vor allem die Produktionsverhältnisse und die Bezugsquellen, oder nach Germann die »Produktions- und Geschäftsverhältnisse personeller und technischer Art«[61] zu verstehen, mit andern Worten, das durch alle Unternehmensbestandteile verkörperte Unternehmen. Da Art. 48 OR von einem besonderen Schutz des Unternehmens gegen unerlaubte Wettbewerbshandlungen absieht, stellt die nun erfolgte Anerkennung eines selbständigen Rechts am Unternehmen, welches dem Gewerbetreibenden die ungestörte Ausnützung desselben gewährleisten soll, einen wesentlich verfeinerteren Rechtsschutz für

[60] von Liszt, S. 340; Specker, S. 116, bezeichnet den Kredit zutreffend als den »wirtschaftlichen Leumund der Person«.
[61] Botschaft, S. 14; Germann, Beiträge, S 84.

den Wettbewerber dar. Denn erst dadurch erhält der Entwurf jene weitgreifende Wirkung, welche ihm die Abwehr auch der raffiniertesten Tatbestände des unerlaubten Wettbewerbs ermöglicht.

Bevor jedoch auf die Rechtsnatur des Unternehmens eingetreten wird, ist es erforderlich, die Frage abzuklären, ob an diesem Rechtsgut, das sich in einer wohl nie geschlossenen Zahl von Sachen und Rechten widerspiegelt, wirklich ein einheitliches Recht, wie es hier und auch im Entwurf angenommen wird, besteht.[62] Wenn wir die Theorie von R. Isay verfolgen, in welcher er einmal das Unternehmen als ein Aggregat von Grundstücken, Gebäuden, Maschinen, Rohstoffen, Waren, Bargeld, Arbeitern, Ingenieuren, Reisenden, Buchhaltern, Pferden, Wagen, Automobilen, Bahnanschlußgeleisen, Schiffen, Erfindungen, Warenzeichen, Wechseln, Effekten usw. usw. definiert, so erscheint es auf den ersten Blick tatsächlich fast unmöglich, ein alle diese Bestandteile des Unternehmens umfassendes Recht zu konstruieren.[63] Ein wesentlich anderes Bild ergibt sich jedoch, wenn wir die einzelnen Unternehmensbestandteile auf ihren Zusammenhang mit dem Unternehmen untersuchen. Von dieser Seite betrachtet kann nicht geleugnet werden, daß die einzelnen Elemente des Unternehmens in Wirklichkeit nur eine scheinbare Selbständigkeit besitzen und diese, losgelöst vom Unternehmen, eine ganz untergeordnete Rolle für den Gewerbetreibenden spielen. Auf diese Tatsache weist auch Reimer hin, wenn er sagt, daß ein Unternehmensbestandteil seinen Sinn erst in Verbindung mit dem Unternehmen erhalte, das heißt für sich genommen völlig inhaltsleer sei und durch einen Angriff auf irgend einen solchen immer das Unternehmen selbst betroffen werde.[64] Daraus dürfen wir schließen, daß ein Angriff auf einen Unternehmensbestandteil identisch ist mit einem Angriff auf das Unternehmen selbst, da eine Verletzung des ersteren ohne Ausnahme auch eine Beeinträchtigung des letzteren darstellt. Diese innige Beziehung zwischen Unternehmensbestandteil und Unternehmen beweist uns, daß es sich hier nicht nur um ein Konglomerat von verschiedenen Sachen und Rechten handelt, oder wie R. Isay sich plastisch ausdrückt, »daß ein Unternehmen nicht einen Haufen zusammengewürfelter Sachen und Menschen darstellt«, sondern daß das Unternehmen das Resultat einer sinnvollen, auf ganz bestimmte Art vorgenommenen Zusammenfassung dieser Elemente bildet und ihm

---

[62] Callmann, S. 23: »Das Unternehmen als solches ist ein unkörperliches Gebilde, ein Immaterialgut, das wiederum eine Gesamtheit von körperlichen und unkörperlichen Werten darstellt.« Vgl. auch Baumbach, S. 68 ff.

[63] R. Isay, S. 21.

[64] Reimer, S. 65.

eine organisatorische Idee, ein »geistiges Band, welches die Teile zusammenhält«, zugrunde liegt.[65] In diesem Sinne kann gegen die Anerkennung eines einheitlichen Rechts am Unternehmen, welches den Anspruch auf Unterlassung widerrechtlicher Störungen gegen die Organisation desselben, gegen »das geregelte Funktionieren und Ineinandergreifen aller Glieder«[66] zum Inhalt hat, nichts eingewendet werden.[67]

Nachdem das Bestehen eines einheitlichen Rechts am Unternehmen bejaht wurde, ergibt sich, daß irgendein Unternehmensbestandteil als solcher nie Gegenstand dieses Rechts sein kann, sondern dieser stets durch das Unternehmen selbst, das heißt durch die jedem Unternehmen inhärente Organisation verkörpert wird. Dieses unkörperliche Rechtsgut, die organisatorische Idee des Gewerbetreibenden, welcher das Unternehmen seine Existenz verdankt, wird sowohl vom Schrifttum als auch von der Rechtssprechung stets als ein *Immaterialgüterrecht* angesehen.[68] Eine einzige Ausnahme macht Kohler, welcher im Unternehmen ein Persönlichkeitsrecht sieht und die Berechtigung dieser Annahme dadurch zu begründen versucht, daß das Unternehmen nichts anderes darstelle, als die Persönlichkeit in ihrem zusammenhängenden Wirken.[69] Der Auffassung Kohlers kann jedoch

---

[65] R. Isay, S. 23: »Vielmehr ist ein Unternehmen ein kunstvolles Gebäude, bei dem nach wohl erwogenen Gesichtspunkten ein Glied zum andern gefügt ist.«
Die ausschlaggebende Bedeutung der Organisation für den Wert eines Unternehmens bringt besonders Callmann, S. 36, klar zum Ausdruck: »Der Wert der durch die Organisation geschaffenen wirtschaftlichen Einheit ist verschieden gegenüber der Summe der Einzelwerte. Durch Wegnahme eines dieser Werte kann der Gesamtwert der übrigen einen weit größeren Schaden erleiden, als der Wert des Einzelgutes ausmacht.«

[66] Lobe, S. 264.

[67] Fehr, S. 4: »Das Unternehmen hat sich heute von seiner sachlichen Grundlage völlig losgelöst. Der statische Charakter, der einst nur Sachen und Rechte umschloß, ist ganz in den Hintergrund getreten. Den Wert eines Unternehmens machen heute wirtschaftliche Kräfte aus: Kredit, Ruf, Kundschaft, Geschäftsgeheimnis, der gesamte Organisationsapparat, die gesamte Machtstellung des Geschäfts. ... Der Kaufmann arbeitet seit mehr als einem halben Jahrhundert mit dem Begriff des Unternehmens als einer wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit.«
R. Isay, S. 46: »Das Unternehmen ist eine teleologische Einheit.«

[68] Vgl. Baumbach, S. 68 ff.; Callmann, S. 32 ff., sowie die von ihm zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts; R. Isay, S. 23 ff.; Lobe, S. 30 ff., 176 ff. und 264 ff.; Reimer, S. 64 ff.

[69] Kohler, S. 22/23: »Allein das Unternehmen ist nichts anderes als die Persönlichkeit in ihrem zusammenhängenden Wirken, und daß dieses Persönlichkeitswirken, wenn einmal angesetzt, sich gewissermaßen automatisch weiter entwickelt, und daß deshalb die Person sich insoweit ihrer selbst entäußern kann, als sie das nunmehr entwickelte Unternehmen veräußert, ist ebenso wenig wunderbar, als daß eine Person sich nach gewissen Richtungen hin rechtlich ihrer Freiheit zu begeben vermag. Es ist eine oberflächliche Behandlungsweise des Persönlichkeitsrechts, wenn man die Quelle des Rechts, die aus dem Wesen der Per-

deshalb nicht zugestimmt werden, weil er seinem »Persönlichkeitsrecht« am Unternehmen Eigenschaften, wie vermögensrechtlicher Charakter und Uebertragungsfähigkeit, zuschreibt, die nach der hier vertretenen Ansicht nur einem Immaterialgüterrecht immanent sind. Damit steht Kohler aber auch im offenen Widerspruch zu seiner eigenen im Urheber- und Verlagsrecht aufgestellten Theorie, in welcher er auf Seite 1 ausdrücklich und mit Recht erklärt, daß das Persönlichkeitsrecht von der Person grundsätzlich unzertrennlich, nicht lösbar und im großen und ganzen unveräußerlich sei. Letzten Endes dürfen wir gerade aus dem jedem Unternehmen zukommenden Vermögenswert und der Fähigkeit, dasselbe Gegenstand eines Rechtsgeschäfts werden zu lassen, Eigenschaften des Unternehmens, die Kohler nicht nur nicht bestreitet, sondern ganz besonders noch hervorhebt, schließen, daß es sich bei diesem unkörperlichen Rechtsgut nur um ein Immaterialgüterrecht handeln kann.

§ 6. Das Verhältnis der geschützten Rechtsgüter zueinander.

Aus den im vorstehenden Abschnitt angestellten Betrachtungen ergibt sich, daß zur Wahrung der Interessen aller Wettbewerber ein ausgiebiger Schutz der gewerblichen Tätigkeit, der Kundschaft, des Kredits und des Unternehmens gegen unerlaubte Wettbewerbshandlungen unerläßlich ist. Die zahlreichen Entscheidungen des Bundesgerichts bringen übrigens auch deutlich zum Ausdruck, daß solche Machenschaften, welcher Art sie auch sein mögen, stets mindestens eines dieser Rechtsgüter gefährden oder verletzen können.

In welchem Verhältnis stehen nun diese Rechtsgüter zueinander? Die Beantwortung dieser Frage ist vor allem dann von größter Bedeutung, wenn durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung gleichzeitig mehrere Rechtsgüter verletzt und in der Folge vom Gewerbetreibenden auch mehrere Schadenersatzforderungen geltend gemacht

---

son hervorgeht, nicht weiterleitet bis in die Position, welche die Person in ihrem Wirken eingenommen hat. Es ist ebenso eine oberflächliche Behandlungsweise, zu verkennen, daß das von der Person eingeleitete automatische Wirken sich nach gewissen Richtungen von der Person ablösen und in dem gewerblichen Unternehmen eine selbständige Natur annehmen kann.

Das Unternehmen ist also einer Veräußerung fähig; damit geht ein Stück von der Person ab, ähnlich wie im organischen Leben eine Knospung und eine Spaltung eintreten kann, welche ein neues Wesen erzeugt oder mindestens einen Teil des bisherigen Wesens zum Bestandteil eines andern Wesens macht.«

werden. So ist beispielsweise die Auskündigung eines Konkurrenten, der Produzent eines bestimmten Markenartikels beute seine Arbeiter aus, weil er in Anbetracht des hohen Gewinnes, welcher an seinen Produkten zu erzielen sei, lächerlich kleine Löhne zahle, zweifellos nicht nur geeignet, die Kundschaft zu beeinflussen, sondern vermag auch die Arbeiter gegen den Dienstherrn aufzuhetzen, einen Streik und damit eine Störung des Unternehmens, des geregelten Funktionierens und Ineinandergreifens aller Teile herbeizuführen. Darf nun der Richter in einem solchen Fall zwei selbständige Ansprüche des Verletzten anerkennen und den Verletzer sowohl zum Ersatz des Schadens wegen Beeinträchtigung der Kundschaft als auch wegen eines durch Streik verursachten Produktionsausfalls verpflichten? Diese Frage kann ohne Bedenken bejaht werden. Denn wie unsere obigen Ausführungen gezeigt haben, sind alle diese Rechtsgüter selbständige und gleichwertige absolute Rechte und es ist daher nur gerechtfertigt, wenn man den Gewerbetreibenden dann, wenn er durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung gleichzeitig in mehreren Rechtsgütern verletzt wird, gleichfalls hinsichtlich jeden verletzten Rechtsguts je einen selbständigen Anspruch geltend machen läßt. Halten diese gleichwertigen Ansprüche einer richterlichen Prüfung stand, so hat deren Befriedigung ebenfalls getrennt zu erfolgen. Diese Auffassung vertritt übrigens auch Lobe, wenn er bei Verletzung mehrerer Rechtsgüter durch ein und dieselbe Handlung, »strafrechtlich gesprochen, Idealkonkurrenz«[1] annimmt.

[1] Lobe, S. 263/264.

B. Besonderer Teil.

§ 7. Die Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Regelung des Wettbewerbsrechts.

Das mit der Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit erreichte freie Spiel der Kräfte, welchem wir zweifellos die gewaltige Entwicklung des modernen Wirtschaftslebens verdanken, hat naturgemäß zu einem sich immer mehr verschärfenden Konkurrenzkampf geführt. So sehr ein ehrlicher, wenn auch harter, ja sogar rücksichtsloser Wettbewerb auf dem Gebiete des Berufslebens im Interesse der Allgemeinheit zu begrüßen ist, umso mehr ist es zu bedauern, daß dieses fortschrittliche System von Einzelnen dazu mißbraucht wird, durch Mittel, die jeder anständigen Geschäftspraktik zuwiderlaufen, ihre Konkurrenten zu überflügeln. Da die geltende Bundesgesetzgebung die Bekämpfung solcher Ausschreitungen allein auf der Grundlage des recht schmalen Art. 48 OR ermöglicht und daher gegen die sich mehr und mehr verbreitenden Geschäftsunsitten keinen durchgreifenden Schutz zu bieten vermag, ist es nur begreiflich, daß die Berufskreise ein umfassenderes Spezialgesetz gegen unerlaubten Wettbewerb verlangen.[1] Daß die über diese Rechtsmaterie bestehende eidgenössische gesetzliche Regelung tatsächlich eines weiteren Ausbaues bedarf und ein dringendes Bedürfnis nach einer Bundesspezialgesetzgebung auf dem Gebiete des unerlaubten Wettbewerbs nicht von der Hand zu weisen ist, dürfte vor allem darauf geschlossen werden, daß trotz den neben Art. 48 OR noch anwendbaren allgemeinen Bestimmungen der Art. 28 ZGB, Art. 41 und 49 OR, sowie den Bestimmungen über die Geschäftsfirmen der Art. 944 ff. OR und den

[1] Vgl. Prot. SHuJV; Gewerbliche Zeitfragen, Heft Nr. 18. Dieses Gutachten des Zentralvorstandes des schweizerischen Gewerbevereins an das Eidgenössische Handelsdepartement vermittelt ein sehr eindrucksvolles Bild über die herrschenden Mißstände auf dem Gebiete des gewerblichen Wettbewerbs. Es werden darin eine erdrückende Zahl von raffinierten Tatbeständen unerlaubten Wettbewerbs angeführt, denen man auf Grund der geltenden bundesrechtlichen Regelung nicht oder doch nur erfolglos entgegentreten konnte. Vgl. ferner Raeber, S. 1 ff.

Spezialgesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz[2] ein wirksames Vorgehen gegen diese Mißstände nicht gewährleistet wird und gewisse Berufsverbände in der Folge sich gezwungen sahen, noch intern Schutzmaßnahmen gegen den unerlaubten Wettbewerb zu treffen.[3] Schließlich können aber auch die zahlreichen bundesgerichtlichen Entscheide über den Art. 48 nur als Beweis dafür angesehen werden, daß noch viele Fragen auf diesem Gebiet unabgeklärt sind.

Freilich fehlt es auch nicht an Stimmen, welche von einer umfassenden Spezialgesetzgebung, wie sie der hier zur Sprache stehende Entwurf darstellt, abraten, mit der Begründung, daß diese unvermeidlich eine empfindliche Einengung der individuellen Wettbewerbstätigkeit überhaupt nach sich ziehe. So wurde der Entwurf in der Presse wiederholt überaus heftig angegriffen und als ein ganz besonders gefährliches Instrument zur Knebelung der freien Konkurrenz und zur Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit bezeichnet.[4] Die Begründung dieser Befürchtung entbehrt jedoch deshalb jeder Grundlage, weil die Bestimmungen des Entwurfs den ehrlichen Bestrebungen und dem vorwärtsdrängenden Unternehmungsgeist des einzelnen Wettbewerbers in keiner Weise ein Hindernis in den Weg legen und auch nicht legen wollen. Denn der Entwurf verfolgt nur die Mißbräuche der Handels- und Gewerbefreiheit zivil- und strafrechtlich und tangiert das Freiheitsrecht an sich nicht. Es kann ihm daher eine einschränkende Wirkung und damit eine Verletzung des Grundsatzes in Art. 31 BV nicht zur Last gelegt werden.[5]

Um die volle Bedeutung des im Entwurf auf breiter Grundlage neu aufgebauten und erweiterten Rechtsschutzes gegen unerlaubten Wettbewerb ermessen zu können, ist es erforderlich, den bisher geltenden Rechtsschutz in Art. 48 OR einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

Der für die Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs in erster

---

[2] Daß auch die gewerblichen Spezialgesetze, wie zum Beispiel das MMG, das MG, das PG und das UG, die Lücken des Art. 48 OR nicht auszufüllen vermögen, ist besonders darauf zurückzuführen, daß die große Masse von Tatbeständen unerlaubten Wettbewerbs oft die strengen Voraussetzungen, welche für die Anwendung des betreffenden Spezialgesetzes erforderlich sind, nicht erfüllen.

[3] Die gleiche Begründung dürfte auch für den Erlaß von kantonalen Spezialgesetzen zutreffen. — Vgl. auch Prot.Expk. In einer Sitzung vom 28. Oktober 1930 weist der Vertreter der Uhrenindustrie, Colomb, besonders darauf hin, daß der von ihm vertretene Berufskreis nur durch interne Maßnahmen dem mehr und mehr überhandnehmenden unerlaubten Wettbewerb wirksam entgegentreten konnte.

[4] Vgl. Basler Nachrichten vom 16. September 1935; ferner ein Aufsatz von Wald in »Die Tat« vom 1. April 1936.

[5] Die Widerlegung der verschiedenen Argumente der Gegner des Entwurfs erfolgt auf S. 80/81.

Linie zur Anwendung gelangende Art. 48 OR erwähnt ausdrücklich nur die Kundschaft als zu schützendes Rechtsgut. Damit überläßt er den notwendigen Schutz der andern Rechtsgüter, wie des Kredits, des Unternehmens und der gewerblichen Tätigkeit den ganz allgemeinen Bestimmungen der Art. 28 ZGB, 41 und 49 OR. Eine derart enge Fassung einer Bestimmung, deren einziger Zweck in der Verhinderung unreeller Geschäftsmethoden besteht, kann selbstverständlich den heutigen Verhältnissen nicht mehr gerecht werden.

Noch weit empfindlicher wirken sich jedoch die Lücken bei den aus Art. 48 OR fließenden Rechtsfolgen aus. Gemäß Art. 48 OR hat der verletzte Wettbewerber nur die Möglichkeit auf Unterlassung der unerlaubten Wettbewerbshandlung zu klagen und bei Verschulden Ersatz des Schadens zu verlangen. Daneben besteht allerdings noch die Möglichkeit, die Ansprüche aus den für den unerlaubten Wettbewerb ebenfalls noch anwendbaren Bestimmungen der Art. 49 OR und Art. 28 ZGB geltend zu machen. So gewähren Art. 49 OR bei Fällen, denen eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens zugrunde liegt, einen Anspruch auf Genugtuung und Art. 28 ZGB auch ohne Verschulden eine Klage auf Beseitigung der Störung. Die aus Art. 28 ZGB fließende Klage auf Beseitigung der Störung hat indessen durch die konstante Praxis des Bundesgerichts eine überaus empfindliche Einschränkung erfahren, indem das Bundesgericht es ablehnt, diesen Anspruch auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands auszudehnen und die Beseitigung der Wirkungen einer bereits in der Vergangenheit liegenden Störungshandlung als eine Form des Schadenersatzes oder der Genugtuung betrachtet, was somit ein Verschulden des Beklagten bedingt.[6] Dadurch, daß das

---

[6] BGE 48. II. 16: »Als Voraussetzung dieser Klage hat das Bundesgericht in konstanter Praxis angenommen, daß zur Zeit der Klageerhebung Störungshandlungen noch bevorstehen oder noch andauern müssen. (A.S. 40. II. 164; 42. II. 599; 45. II. 106.)«

Dazu erklärt das Bundesgericht: »Richtig ist zwar, daß der Wortlaut des Gesetzes an einer gewissen Unklarheit leidet. Unter »Störung« kann sowohl die Störungshandlung als auch die Störungswirkung verstanden werden. Je nachdem ist aber der Inhalt der Klage auf Beseitigung der Störung ein anderer. Eine Klage auf »Beseitigung« von Störungshandlungen hat nur Raum, wenn diese noch fortdauern oder wenn ihre Wiederholung droht. Die »Beseitigung« von Störungswirkungen dagegen kann auch dann in Betracht fallen, wenn die Störungshandlung längst der Vergangenheit angehört. Bietet somit der Wortlaut des Art. 28 ZGB zu Zweifeln Anlaß, so erscheint dagegen nach der ratio legis, wie sie sowohl aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes als namentlich auch aus der Vergleichung des Art. 28 ZGB, Abs. 1 mit Abs. 2 dieser Bestimmung und Art. 49 OR hervorgeht, jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß Art. 28 ZGB, Abs. 1 auf Störungen, die schon abgeschlossen sind, keine Anwendung findet.«

Ferner S. 18: »Die Beseitigung der Wirkungen schon in der Vergangenheit liegender Störungshandlungen aber ist nicht anders möglich, als durch Zuspre-

Bundesgericht die Klage auf Beseitigung der Störung nur zur Verhinderung von bevorstehenden oder fortdauernden Störungshandlungen zuläßt, also die Wirkungen einer abgeschlossenen Störungshandlung von dieser Klage nicht erfaßt haben will, unterscheidet sich die Beseitigungsklage in ihrer eigentlichen Wirkung praktisch überhaupt nicht mehr von der in die Zukunft gerichteten und dem vorbeugenden Rechtsschutz dienenden Unterlassungsklage, welche ja gleichfalls bei einer bevorstehenden und selbstverständlich auch bei einer fortdauernden Störungshandlung geltend gemacht werden kann.[7] Diese überaus schmale Anwendungsmöglichkeit der Beseitigungsklage, wie sie die Rechtssprechung des Bundesgerichts vorsieht, erweist sich heute mehr denn je als ein kaum tragbarer Zustand, weil dem Gewerbetreibenden der gebührende Rechtsschutz in all den Fällen zu Unrecht entzogen wird, in denen die Störungshandlung wohl in der Vergangenheit liegt, »das Gift derselben aber, etwa der unwahren Behauptung, in der Form der Störungswirkung weiterfrißt«[8] und dem Beklagten weder ein für die Geltendmachung eines Schadenersatzes oder einer Genugtuung erforderliches Verschulden noch das Bestehen der Wiederholungsgefahr nachgewiesen werden kann. Es fehlt denn auch im Schrifttum[9] nicht an Stimmen, welche die bun-

---

chung von Schadenersatz oder einer Genugtuung. Ist eine Verletzung eingetreten, so kann sie nicht mehr ungeschehen gemacht, es können lediglich ihre Wirkungen durch Zusprechung ideeller oder materieller Aequivalente ausgeglichen werden.«

[7] Grimmlinger, S. 132: »Immer wird die Unterlassungsklage gegeben sein, wenn die Verletzungshandlung noch andauert, liegt doch in diesem Fortdauern die stärkste Bedrohung auch für die unmittelbare Zukunft.«

BGE 46. II. 428: »Unter der Beseitigung der Störung (Art. 28 ZGB) ist in den Fällen der illoyalen Konkurrenz nach Art. 48 OR die Einstellung des unbefugten Geschäftsgebarens zu verstehen oder, mit anderen Worten, das Aufhören der Treu und Glauben verletzenden Handlungen (cessation de ces manoeuvres, cessazione di questi atti).« Ferner führt das Bundesgericht im gleichen Entscheid aus, daß der in Art. 48 OR gewährte Unterlassungsanspruch somit nicht auf ein positives Tun oder Leisten des Beklagten gehe, sondern lediglich auf ein Unterlassen. »Das Ziel dieses Anspruchs besteht in dem Verbot künftiger Handlungen. Demnach ist es den Beklagten zu untersagen, ihren nachgeahmten Katalog, betitelt »Gesenkschmiedeartikel«, weiter zu verwenden. Die weiteren Klagebegehren jedoch, gerichtet auf Zurückziehung der bereits versandten Kataloge aus dem Verkehr, und auf Aushändigung eines Verzeichnisses der Kunden, welche sie erhalten haben, gehen über den Rahmen der in Art. 48 OR vorgesehenen Unterlassungsklage hinaus. Sie könnten allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Wiedergutmachung bereits zugefügten Schadens mit in Betracht gezogen werden.«

[8] Grimmlinger, S. 138.

[9] Vgl. Egger, S. 266; besonders Germann, Vorarbeiten, S. 120 ff.; von Tuhr, S. 348 ff.; Bühler, S. 38; Morosow, S. 91.

Besonders scharf reagiert Schapira auf die Praxis des Bundesgerichts: »Die Beseitigungsklage geht stets auf ein Handeln. Das entspricht dem Wortlaut des Art. 48 OR, denn unter Einstellung einer Beeinträchtigung muß ein Tätig-

desgerichtliche Auslegung des Art. 28 ZGB, diesen neben Art. 48 OR nur scheinbar erweiterten Rechtsschutz einer berechtigten Kritik unterziehen und die Zulassung der Beseitigungsklage auch für die Störungswirkungen, eine Maßnahme, welche übrigens die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz schon lange vorsehen[10], befürworten. Schließlich ist durch die Praxis des Bundesgerichts noch die Feststellungsklage ohne gesetzliche Regelung zur Anerkennung gelangt.[11] Aber auch dieser Klage läßt die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch Einschränkungen, welche mit denjenigen bei der Beseitigungsklage verglichen werden können, nur einen derart engen Spielraum, daß von einem wirksamen Rechtsschutzmittel gegen den unerlaubten Wettbewerb nicht mehr gesprochen werden kann.[12]

Einen wesentlich durchgreifenderen Rechtsschutz gegen den unerlaubten Wettbewerb vermittelt nun der den Art. 48 OR vollständig ersetzende Entwurf des Bundesrates vom 11. Juni 1934, welcher neben einer Verfeinerung des bisherigen Rechtsschutzes auch noch grundlegende Neuerungen in dieser Rechtsmaterie aufweist.

Eine erste erweiterte Schutzbestimmung von großer Tragweite enthält einmal die Generalklausel des Art. 1, welche nicht nur die Kundschaft, sondern ebenfalls den Kredit und das Unternehmen zu den gegen unerlaubten Wettbewerb ausdrücklich geschützten Rechtsgütern erhebt. Allerdings weist nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung sogar Art. 1 immer noch eine spürbare Lücke auf, indem jene Fälle unerlaubten Wettbewerbs, in welchen der Gewerbetreibende in der Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit wider Treu und Glauben behindert wird, von der Generalklausel nicht erfaßt werden. So, wenn zum Beispiel der Gewerbetreibende A seinen Konkurrenten B durch Ausmieten aus einer guten Geschäftslage verdrängt und die betreffenden Geschäftsräumlichkeiten an einen Gewerbetreibenden einer andern Branche weitervermietet. Es ist ganz klar, daß A

---

werden verstanden werden, während die Einstellung einer Bedrohung ein Nichttätigwerden bedeutet. Der Ausspruch des Bundesgerichts, BGE 46. II. 428, der Anspruch aus Art. 48 OR gehe nicht »auf ein positives Tun oder Leisten«, ist unbewiesen und unbeweisbar — es entspricht aber auch elementaren Rechtsgrundsätzen, jedem durch einen rechtswidrigen Zustand Beeinträchtigten ohne Verschulden des Verletzers eine Beseitigungsklage zu geben. Art. 48 OR ist nur ein Anwendungsfall dieses in einer modernen Rechtsordnung nicht zu entbehrenden Prinzips.« (Schapira, S. 51.)

[10] Vgl. MMG Art. 29; MG Art. 32; PG Art. 44; UG, Art. 54.

[11] BGE 48. II. 16; 56. II. 36; 59. II. 26.

[12] Das Bundesgericht lehnt die Zulassung der Feststellungsklage ab, wenn es sich um eine in der Vergangenheit liegende Störung handelt und knüpft an die Geltendmachung dieses Anspruchs die Voraussetzung einer bevorstehenden oder noch andauernden Verletzungshandlung. Vgl. BGE 48. II. 16 und 56. II. 36.

an sich durchaus berechtigt ist, sich in den Besitz eines günstig gelegenen Verkaufslokals zu setzen, selbst wenn B dabei ein Nachteil erwächst. Wenn jedoch A von dem gemieteten Lokal keinen Gebrauch macht und es ihm lediglich darum geht, sich eines ihm vielleicht überlegenen Wettbewerbers, also sich der Konkurrenz überhaupt zu entledigen, so müssen wir in einer solchen rücksichtslosen Handlung zweifellos den Tatbestand des unerlaubten Wettbewerbs erblicken.[13] Trotzdem würde der Gewerbetreibende B dieser Verletzung auf Grund von Art. 1 des Entwurfs machtlos gegenüberstehen, da sich der widerrechtliche Angriff weder gegen seine Kundschaft noch gegen seinen Kredit direkt richtet und auch von einer Störung der Organisation des Unternehmens nicht gesprochen werden kann. Aber auch ein neu gegründetes Unternehmen hätte nach der Regelung in Art. 1 gegenüber einem Gewerbetreibenden, welcher, in der Befürchtung, daß seine Kundschaft, angelockt durch die billigen Preise und das schöner und besser eingerichtete Verkaufslokal, zu seinem neuen Konkurrenten überlaufe, seine Erzeugnisse unrichtig oder irreführend anpreist, einen überaus schweren Stand, da der Verletzer sehr wohl geltend machen kann, daß das neue Unternehmen ja noch gar keine Kundschaft besitze und folgedessen auch nicht in seiner »Kundschaft« angegriffen werden könne. Ebenso müßte natürlich eine Klage wegen Verletzung des Rechts am Kredit oder des Rechts am Unternehmen, weil unbegründet, zurückgewiesen werden. Aus den beiden angeführten Beispielen geht hervor, daß die Formulierung des Art. 1 immer noch etwas zu eng ist, da sowohl im Falle des Ausmietens als auch im Falle der Erschwerung des Aufkommens eines neu gegründeten Unternehmens eine empfindliche Störung in der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit durch wider Treu und Glauben verstoßende Mittel nicht geleugnet und der Verletzte nur unter Berufung auf die Beeinträchtigung dieses Rechtsguts geschützt werden kann. De lege ferenda rechtfertigt es sich somit zweifellos, im Interesse eines lückenlosen Rechtsschutzes dem Rechtsgut der gewerblichen Tätigkeit gleichfalls einen ausdrücklichen Schutz angedeihen zu lassen.

Ein bedeutender Fortschritt gegenüber der geltenden Regelung ist in Art. 3 des Entwurfs festzustellen, welcher einerseits sämtliche an eine unerlaubte Wettbewerbshandlung geknüpften Rechtsfolgen übersichtlich zusammenfaßt und andererseits eine erhebliche Verschärfung derselben aufweist. Vor allem ist hier die gesetzliche Veranke-

[13] Vgl. Lobe, S. 48.

rung der Feststellungsklage in Art. 3, lit. a, sowie die durch lit. b und lit. c geschaffene scharfe Unterscheidung zwischen der Unterlassungsklage und der Beseitigungsklage zu begrüßen. Die in Art. 3, lit. a ausdrücklich gewährte Klage auf Feststellung der Unerlaubtheit einer Wettbewerbshandlung erfährt insbesondere dadurch eine deutliche Erweiterung, als die bisherigen Einschränkungen nunmehr fallen gelassen werden und dem Verletzten eine selbständige, vom Verschulden des Verletzers unabhängige Feststellungklage nicht nur bei bevorstehenden oder noch andauernden, sondern auch bei abgeschlossenen, in der Vergangenheit liegenden Störungshandlungen eingeräumt wird.[14] Dem vorbeugenden Rechtsschutz dient die in Art. 3, lit. b erwähnte Unterlassungsklage. Voraussetzung für die Geltendmachung dieses an ein Verschulden des Verletzers nicht gebundenen Anspruchs ist eine andauernde oder drohend bevorstehende Schädigungshandlung. Sie stellt, wie Grimmlinger zutreffend hervorhebt, »ein an die Adresse des Beklagten gerichtetes Verbot künftiger Verletzungshandlungen«[15] dar. Während die Unterlassungsklage nach der Praxis des Bundesgerichts nicht auf ein positives Tun oder Leisten des Beklagten geht, sondern lediglich auf ein Unterlassen (cessation de ces manoeuvres; zum Beispiel Verbot der Weiterversendung des beanstandeten Katalogs) und somit die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands (Zurückziehung der bereits versandten Kataloge aus dem Verkehr) nicht ermöglicht[16], schafft die in Art. 3, lit. c vorgesehene erweiterte Zulassung der Beseitigungsklage die notwendige Grundlage für die Erzielung dieser Wirkung. Wie wir bereits oben dargelegt haben, wird durch die Rechtssprechung des Bundesgerichts die aus Art. 28 ZGB fließende Beseitigungsklage auf die Beseitigung einer andauernden oder bevorstehenden Störungshandlung beschränkt, sodaß mit dieser Klage in der Regel nicht mehr erreicht wird als mit der Unterlassungsklage. Der Entwurf läßt nun diese empfindliche Beschränkung der Beseitigungsklage fallen und gewährt dem durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung Verletzten ausdrücklich einen Anspruch auf »Beseitigung des rechtswidrigen Zustands, bei unzutreffenden oder irreführenden Aeußerungen auch auf Richtigstellung, wobei dieser Anspruch unabhängig von einem Verschulden des Beklagten geltend gemacht werden kann und sich im Gegensatz zum geltenden Recht auch auf die Störungswirkungen einer bereits abgeschlossenen Handlung beziehen soll«.[17] Durch diese erweiterte Zu-

[14] Vgl. Schöpfer, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 352.
[15] Grimmlinger, S. 131.
[16] BGE 46. II. 428.
[17] Botschaft, S. 26; vgl. auch Germann, Beiträge. S. 86.

lassung der Beseitigungsklage, welche den Verletzer zwingt, zur Behebung der Störungswirkungen tätig zu werden, ist auch eine hinreichende begriffliche Abgrenzung von der Unterlassungsklage gegeben.

Neben den Ansprüchen aus Art. 3, lit. a—c, für deren Geltendmachung das Vorliegen der objektiven Widerrechtlichkeit genügt, stehen dem Verletzten bei Verschulden des Beklagten die schon nach geltendem Recht vorgesehenen Klagen auf Schadenersatz (lit. d) und auf Genugtuung (lit. e) zu.[18]

Eine gewaltige Intensivierung des zivilrechtlichen Schutzes bedeutet die völlig neue Bestimmung in Art. 4, welche den Berufsverbänden in jenen Fällen, in welchen eine unerlaubte Wettbewerbshandlung gegen eine unbestimmte Zahl von Mitbewerbern gerichtet ist, die Aktivlegitimation für Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen erteilt. In der Folge ist aber Art. 4 in der Presse vielfach überaus scharf angegriffen worden, mit der Begründung, daß diese Bestimmung zu einer wahren Prozeßsucht Anlaß gebe, indem sich einem neidischen Geschäftsmann nun die beste Gelegenheit biete, durch den betreffenden Berufsverband einen Angriff gegen seinen Konkurrenten auszuüben, den er unter eigenem Namen nie riskieren würde.[19] Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig, da Art. 4 in unmißverständlicher Weise die Aktivlegitimation den Berufsverbänden entzieht, wenn sich die unerlaubte Wettbewerbshandlung gegen einen

---

[18] Art. 3 des Entwurfs lautet: »Wer durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung gefährdet oder geschädigt ist, hat folgende Ansprüche: lit. d: im Falle des Verschuldens auf Ersatz des erwachsenen und voraussichtlich noch erwachsenden Schadens.« In der ständerätlichen Sitzung vom 21. September 1934 wurde jedoch bei der Abstimmung über den Art. 3 der Antrag von Schöpfer auf Streichung der Worte »und voraussichtlich noch erwachsenden Schadens« angenommen und der Wortlaut der lit. d mit den Worten »im Falle des Verschuldens auf Ersatz des Schadens« festgelegt. (Vgl. Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 352/53.) Wenn auch der Begründung dieses Antrags, daß bereits die Praxis des Bundesgerichts unter Berufung auf Art. 42 OR einen Ersatz des voraussichtlich noch erwachsenden Schadens ermögliche, die Richtigkeit nicht abzusprechen ist, so ist diese auch nur redaktionelle Abänderung trotzdem zu bedauern, da einerseits die Fassung des Entwurfs auch dem rechtsunkundigen Geschäftsmann ein klareres Bild vom Umfang des Schadenersatzanspruchs vermittelt und andererseits auch die Botschaft die besonders hohe Bedeutung dieser Vorschrift unterstreicht. (Vgl. Botschaft, S. 26.)

[19] Vgl. Basler Nachrichten vom 16. September 1935; besonders auch die Tat vom 1. April 1936: »Die erste große Gefahr bedeutet zunächst die Bestimmung, daß die Berufsverbände das Recht zur Klage gegen Mitbewerber erhalten. Nach dem bisherigen Recht stand die Klage nur dem direkt betroffenen Konkurrenten zu. Es kann nun heute schon mit aller Bestimmtheit vorausgesagt werden, daß die Berufsverbände von diesem Rechte, das ihnen verliehen wird, sehr ausgiebig Gebrauch machen werden. Es wird den Herren Sekretären ein außergewöhnlich fruchtbares, neues Tätigkeitsgebiet eröffnen.«

bestimmten Wettbewerber richtet und einem Mißbrauch dieses Rechts durch oben erwähnte Machenschaften keinen Vorschub leistet.[20]

Art. 5 erweitert den Rechtsschutz insofern, als er die Klagen aus Art. 3, lit. a—c »ohne Exculpationsmöglichkeit«[21] auch gegen den Geschäftsherrn zuläßt, wenn die Verletzungshandlung von Untergebenen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung begangen worden ist.[22] Aber auch Art. 9 stellt gegenüber der geltenden Gesetzgebung ein erfreulicher Fortschritt dar, indem die Urteilspublikation nicht mehr von einem Schaden des Klägers und von einem Verschulden des Beklagten abhängig gemacht wird, sondern der Richter, gleichgültig ob es sich um eine Feststellungs-, Unterlassungs-, Beseitigungs-, Schadenersatz- oder Genugtuungsklage handelt, die obsiegende Partei auf ihr Begehren ermächtigen kann, das Urteil auf Kosten der unterlegenen Partei zu veröffentlichen.[23] Schließlich sind als eine Neuerung und als ein äußerst wirksames zivilrechtliches Bekämpfungsmittel gegen unerlaubten Wettbewerb noch die in den Art. 12 ff. statuierten vorsorglichen Maßnahmen zu erwähnen, welchen vor allem zur Verhütung drohenden Schadens oder zur Erreichung eines geregelten Zustands während des sehr oft lang dauernden Prozesses hohe Bedeutung zukommt.[24] Die vorsorglichen Maßnahmen sind gelegentlich zu Unrecht in der Presse als »besonders gefährlich« hingestellt worden, da einerseits der Entwurf durch die Bestimmungen der Art. 12/3 (Anhören der Gegenpartei vor Verfügung einer vorsorglichen Maßnahme), 13/1 (Leistung einer Kaution durch den Antragsteller) und 15/2 (bei nicht begründeter oder nicht rechtzeitig erhobener Klage Ersatzpflicht des Antragstellers für den durch die vorsorgliche Maßnahme verursachten Schaden) eine genügend scharfe Waffe zur Bekämpfung eventueller Mißbräuche besitzt und andererseits sich die Nützlichkeit solcher vorsorglicher Maßnahmen schon bei den Spezialgesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz gezeigt hat.[25]

---

[20] Ebenso erwähnt die Botschaft auf S. 27, daß Art. 4 nicht den Sinn habe, daß ein bestimmter, durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung unmittelbar verletzter Wettbewerber sich zur Wahrung seiner Interessen »hinter den Verband verschanzen« könne. Vgl. ferner Germann, Beiträge, S. 90.

[21] Germann, Beiträge, S. 87, weist darauf hin, daß die bisherige Praxis des Bundesgerichts (BGE 58. II. 28) dem Geschäftsherrn in solchen Fällen einen Entlastungsbeweis analog Art. 55 OR ermöglichte.

[22] Hingegen bestimmt Art. 5/2 des Entwurfs, daß für die Ansprüche aus Art. 3, lit. d und e nach wie vor Art. 55 OR in Kraft bleibe und somit in solchen Fällen der Geschäftsherr eine Exculpationsmöglichkeit besitzt.

[23] Botschaft, S. 30/31; Germann, Vorarbeiten, S. 158 ff.; Pfister, S. 68 ff.

[24] Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 353/54.

[25] Vgl. die Tat vom 1. April 1936; ferner PG. Art. 43; MG, Art. 31; MMG. Art. 28; UG, Art. 52.

Wenn auch der Entwurf des Bundesrates unter Berücksichtigung der vorstehend behandelten Fragen noch nicht restlos befriedigen kann, so stellt er doch dem durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung verletzten Gewerbetreibenden einen gewaltig verstärkten zivilrechtlichen Schutz in Aussicht, welcher nicht zuletzt durch strafrechtliche Sanktionen (Art. 16 ff.) nochmals weitgehend ergänzt wird.

§ 8. Das System der Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs im Entwurf.

Für die Regelung der Rechtsmaterie des unerlaubten Wettbewerbs stehen dem Gesetzgeber grundsätzlich zwei Systeme zur Verfügung; er sieht sich somit vor die Alternative gestellt, das Problem auf dem Wege der kasuistischen Regelung oder durch Aufstellen eines einheitlichen und umfassenden Tatbestands, mit der Generalklausel zu lösen.

Die kasuistische Methode, welche sich in einer Zusammenstellung der bekannten Erscheinungsformen des unerlaubten Wettbewerbs erschöpft, hat vor allem den Vorzug, daß bei der richterlichen Beurteilung dieser scharf umgrenzten Spezialtatbestände Zweifel über den Willen des Gesetzgebers praktisch ausgeschlossen sind. Auf der andern Seite haftet jedoch der Kasuistik ein schwerwiegender Nachteil an, indem dieses System mit der Entwicklung des Handels und damit natürlich auch mit der parallelen Weiterentwicklung des unerlaubten Wettbewerbs niemals Schritt halten kann. Ein stetes Nachhinken der Gesetzgebung hinter der Praxis ist daher unvermeidlich; ein Gesetz, das heute im günstigsten Fall auch noch alle Begehungsarten unerlaubten Wettbewerbs erfaßt, vermag schon morgen einen Wettbewerber gegenüber neu auftauchenden unreellen Machenschaften nicht mehr zu schützen.[1]

---

[1] Die Unzulänglichkeit der Kasuistik hat sich übrigens bei dem 1896 erlassenen deutschen Wettbewerbsgesetz deutlich gezeigt. Die deutschen Gesetzgeber sahen sich daher gezwungen, dem neuen deutschen Wettbewerbsgesetz vom 7. Juni 1909 eine Generalklausel beizufügen.

Germann, Vorarbeiten, S. 72: »Es hat sich gezeigt, daß die kasuistische Regelung hier ohnmächtig ist. Ein geriebener Geschäftsmann findet doch wieder Mittel und Wege, diese vereinzelten Bastionen des gesetzlichen Rechtsschutzes zu umgehen.«

Ferner Botschaft, S. 11: »Wollte man sich auf die Aufstellung fest umschriebener Einzeltatbestände beschränken, so wäre man gegenüber neuen Erscheinungsformen machtlos, oder man müßte immer wieder Gesetzesrevisionen vornehmen.« Vgl. auch Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 321.

Diese mit der kasuistischen Methode verbundenen Schwierigkeiten lassen sich leicht überbrücken durch Aufstellen eines allgemeinen, umfassenden Tatbestands, durch eine *Generalklausel*, welche den Vorteil hat, daß nicht nur gegenwärtig bekannte, sondern auch erst in der Zukunft auftretende, noch unbekannte Spezialtatbestände des unerlaubten Wettbewerbs durch die richterliche Auslegung einer solchen generellen Bestimmung erfaßt werden können. Allerdings birgt auch dieses System gewisse Gefahren in sich, indem, wie Leonhard zutreffend bemerkt, einerseits die Frage, was erlaubt, was unerlaubt ist, von den oft wechselnden Anschauungen der darüber judizierenden Personen im höchsten Maße abhängig gemacht wird und es andererseits auf Grund einer solchen allgemeinen Bestimmung viel leichter sei, einen schikanösen Prozeß anzustrengen.[2]

Der Entwurf zu einem Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb hat dieses gesetzgeberische Problem auf die denkbar zweckmäßigste Weise gelöst und durch einen Kompromiß die Vorzüge beider Systeme sich gleichmäßig zunutze gemacht. So enthält Art. 1 einen allgemeinen, umfassenden Tatbestand, eine Generalklausel, welche durch Anführung einzelner besonders markanter Spezialtatbestände in Art. 2 illustriert wird. Der Zweck dieses »Bilderbuches«[3], wie der Berichterstatter Schöpfer im Ständerat diese Aufzählung überaus plastisch genannt hat, beruht lediglich darauf, dem Richter und der Allgemeinheit die Generalklausel in Art. 1 leichter verständlich zu machen, den Willen des Gesetzgebers besser zum Ausdruck zu bringen. Auf keinen Fall darf jedoch der Sinn des Art. 2 darin erblickt werden, »Tatbestände, die nach Art. 1 erlaubt wären, zu verbieten und so auf dem Umweg eines Beispiels in Art. 2 über den allgemeinen Grundsatz hinauszugehen«.[4]

Die in den Artikeln 1 und 2 des Entwurfs vorgesehene Regelung lautet:

Artikel 1: »Wer zur Beeinflussung des Wettbewerbs durch Handlungen, die den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, andere in ihrer Kundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht oder in ihrem Kredit oder sonst in den Grundlagen ihrer Wett-

---

[2] Leonhard, S. 42. — Aehnlich äußert sich Germann, Vorarbeiten, S. 74: »Infolge der weiten Fassung des Tatbestandes kommt der richterlichen Auslegungstätigkeit große Bedeutung zu. Sehr wichtig ist vor allem eine geeignete Besetzung der zuständigen Gerichte. Da oft Vorgänge zu beurteilen sind, deren wirtschaftliche Folgen von Fernerstehenden nicht leicht abgeschätzt werden können, sollten die Richter mit diesen Verhältnissen vertraut sein.«

[3] Schöpfer, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 321.

[4] Neue Zürcher Zeitung vom 9. April 1935.

bewerbsfähigkeit schädigt oder gefährdet, ist gemäß den Bestimmungen des vorliegenden Gesetzes verantwortlich.

Artikel 2: Als Handlungen, die den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, gelten insbesondere:

a) Maßnahmen, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen, wie beispielsweise durch Verwendung ähnlicher Geschäftsnamen oder Unterscheidungszeichen;

b) unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Aeußerungen über einen andern, seine Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse;

c) die Verleitung von Dienstpflichtigen, Beauftragten oder Hilfspersonen eines andern zum Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen, sowie die Verwertung widerrechtlich oder gegen Treu und Glauben erlangter Kenntnis;

d) das Gewähren, Versprechen oder Anbieten von Vorteilen an Dienstpflichtige, Beauftragte oder Hilfspersonen eines öffentlichen oder privaten Betriebes oder einer Privatperson zu dem Zwecke, bei Vertragsabschlüssen mit diesen durch unlauteres Verhalten des Dienstpflichtigen, Beauftragten oder der Hilfspersonen für sich oder einen andern einen Vorzug zu erlangen;

e) die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen über Arbeitsbedingungen, sofern die Bestimmungen auch für den Mitbewerber gelten;

f) unrichtige oder irreführende Angaben über sich, die eigenen Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse;

g) die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen, die geeignet sind, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken;

h) Angebote bei einem vom Besteller veranstalteten Wettbewerb für die Uebernahme einer bestimmten Arbeit, die geeignet sind, den Anschein zu erwecken, sie beruhen auf fachgemäßer Preisberechnung (insbesondere unter Berücksichtigung der Arbeitslöhne, Materialpreise und der allgemeinen Unkosten), aber zu den verlangten Leistungen in offenbarem Mißverhältnis stehen.«

Trotz den nicht zu leugnenden Vorzügen, welche das im Entwurf verankerte System gegenüber einer ausschließlichen Anwendung einer der beiden andern oben erwähnten Methoden aufweist, hat diese Regelung in der ständerätlichen Beratung eine Kritik durch ein Mitglied des Rates erfahren, ohne daß indessen ein Abänderungsantrag

von ihm gestellt worden wäre.[5] Wenn auch den geäußerten Bedenken, daß diese Kompromißlösung die volle Wirkung der Generalklausel notgedrungen etwas abschwächen müsse, auf den ersten Blick eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, so schließt doch der Entwurf die Möglichkeit, daß unter Umständen ein Richter sich bei der Beurteilung von unerlaubten Wettbewerbshandlungen nur noch auf die ja nicht abgeschlossene kasuistische Regelung in Art. 2 stützen wird, dadurch aus, daß er durch das Wort »insbesondere« in genügend verständlicher Weise auf den Zusammenhang der beiden Artikel hinweist.

§ 9. Analyse der einzelnen Tatbestände des unerlaubten Wettbewerbs im Entwurf.

I. Maßnahmen zur Herbeiführung von Verwechslungen.

In Erläuterung des in der Generalklausel des Art. 1 festgelegten allgemeinen Grundsatzes erwähnt Art. 2, lit. a als erstes Beispiel einer unerlaubten, den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechenden Wettbewerbshandlung:

»Maßnahmen, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen, wie beispielsweise durch Verwendung ähnlicher Geschäftsnamen oder Unterscheidungszeichen.«

Durch die stets zunehmende Ausdehnung unseres Geschäftsver-

[5] Evéquoz, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 326: »Ce que je critique, c'est la technique de la loi. Il faut choisir entre l'un ou l'autre des systèmes. Si l'on admet la définition ou la clause générale, il faut, à mes yeux, s'abstenir de présenter des exemples. Pourquoi? Parce que les exemples donnés, même à titre limitatif, ne font en réalité et pratiquement qu'affaiblir le principe posé à l'art. 1er. Le juge appelé à appliquer la loi, mis en présence des textes, aura comme première préoccupation le souci de voir si l'état des faits qu'il est chargé d'apprécier correspond à l'un ou l'autre des exemples cités par la loi. Dans la négative, il conclura qu'il n'y a pas lieu de rendre un arrêt, parce que le législateur, par les exemples qu'il a donnés, a précisé nettement ses intentions et que les cas non prévus doivent, en principe, être exclus. L'énumération exemplaire est donc pratiquement un danger. Ce que je veux dire, c'est que le système mixte, ou le système de la réunion des deux principes, affaiblit, en réalité, la portée de la loi et ne lui donne pas la même souplesse qu'elle aurait si l'on se contentait, comme dans l'élaboration de l'art. 48 actuel du code des obligations, de laisser à la jurisprudence, le soin de déterminer les limites de la loi. Cet amalgame, je le répète, ne me plait pas. Au point de vue technique, c'est une erreur, qui aurait pu être rectifiée par la commission. Elle ne l'a pas voulu et aujourd'hui, il est trop tard pour le faire! C'est le motif pour lequel je renonce à présenter une proposition.«

kehrs einerseits und die Gleichartigkeit der Bedürfnisse der Abnehmer andererseits sieht sich der Gewerbetreibende mehr denn je gezwungen, seinen Geschäftsbetrieb oder auch seine Erzeugnisse durch individuelle Unterscheidungsmittel, von denen z. B. der Name, die Firma und das Warenzeichen die gebräuchlichsten sind, gegenüber seiner Konkurrenz hervortreten zu lassen. Erweist sich nun der betreffende Gewerbetreibende in den Augen seines Abnehmerkreises als besonders leistungsfähig, so ist es nur natürlich, daß seine Kunden bei der Abnahme seiner Leistungen diesen Unterscheidungsmitteln, welche die Leistungen als von ihm stammend bezeichnen und die in sie gesetzten Erwartungen damit gewissermaßen verbürgen, vermehrte, ja sogar ausschließliche Aufmerksamkeit schenken. Es überträgt sich mit andern Worten die volle Zugkraft, welche die Leistungsfähigkeit eines ganz bestimmten Gewerbetreibenden auf seine Kundschaft ausstrahlt, auf das von ihm gewählte Unterscheidungsmittel. Das den Gewerbetreibenden aus der großen Masse der übrigen Wettbewerber hervorhebende Merkmal übt somit einen entscheidenden Einfluß auf den Abnehmerwillen aus; die in der Kundschaft einmal entstandene »Neigung«[1], sich wirtschaftlich ausschließlich von ihm bedienen zu lassen, kann zur Voraussetzung für seinen Absatz überhaupt werden. Infolge dieser hohen wirtschaftlichen Bedeutung solcher Unterscheidungsmittel im Verkehr haben denn auch die den Entwurf bearbeitenden Kreise dem Interesse des Wettbewerbers Rechnung getragen, gegen Angriffe auf seine Kundschaft durch Herbeiführung von Verwechslungen geschützt zu werden. Die in Art. 2, lit. a aufgestellte Schutzbestimmung gegen unerlaubten Wettbewerb umreißt die Gesamtheit jener Fälle, in welchen die Konkurrenz durch Mißbrauch irgend eines Unterscheidungsmittels eines Wettbewerbers eine Verwechslung entweder mit dessen Geschäftsbetrieb oder mit dessen Waren, Werken oder Leistungen zu bewirken sucht.

Hier drängt sich unwillkürlich die Frage auf, ob nicht schon die Bestimmungen über den gewerblichen Rechtsschutz diese Materie hinreichend regeln. Darauf ist zu antworten, daß diese Bestimmungen dem Rechtsgut der Kundschaft wohl einen gewissen Schutz in dieser Richtung gewähren, daß aber derselbe nicht für alle Fälle ausreicht. Wie anschließend noch dargelegt wird, hat das praktische

[1] Mayer, S. 386: »Das wichtigste dauernd wirkende Förderungsmittel des Absatzes, der wichtigste wirtschaftliche Besitzstand, ist das Vorhandensein der Neigung eines gewissen Kreises von Abnehmern, gerade an diesen Gewerbetreibenden sich zu wenden. Der Gewerbetreibende sucht dieser Neigung entgegenzukommen, indem er den Abnehmern es erleichtert, ihn aus der Menge der Gewerbsgenossen herauszufinden, indem er sich kenntlich macht und gewisse Unterscheidungszeichen annimmt.«

Leben immer wieder neue Erscheinungen hervorgebracht, denen man mit diesen Spezialgesetzen allein machtlos gegenüberstehen würde.[2] Die Aufgabe der lit. a, welche den Wirkungskreis der geltenden gewerblichen Spezialgesetzgebung an und für sich nicht tangiert, besteht nun darin, jene Lücken im Rechtsschutz auszufüllen und die bundesrechtlichen Normen über das Namens- und Firmenrecht, ganz besonders jedoch über das Marken-, Muster- und Modellrecht und über das Patent- und Urheberrecht überall dort zu ergänzen, wo die strengen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Gesetze nicht erfüllt sind. Wenn auch auf der einen Seite der Rechtsschutz gegen unerlaubten Wettbewerb aus lit. a sich zur Erfüllung seiner Funktion sehr stark an den Rechtsschutz aus dem Firmenrecht und den gewerblichen Spezialgesetzen anschmiegen muß, so hat doch auf der andern Seite das Bundesgericht durch seine ständige Praxis eine genügend scharfe Trennungslinie zwischen den verschiedenen Bestimmungen gezogen und damit allfällige Zweifel über deren Anwendbarkeit beseitigt. So hat das Bundesgericht bestimmt, daß dann, wenn ein Anspruch aus dem Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen der Waren und der gewerblichen Auszeichnungen gegeben sei, nur dieser geltend gemacht werden könne, nicht aber gleichzeitig ein Anspruch aus den Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb. Letzterer werde nur dann neben der Klage aus Markenrecht zugelassen, wenn er sich nicht ausdrücklich auf Markenrechtsverletzungen, sondern noch auf andere, ähnliche Tatsachen stütze, die einen unerlaubten Wettbewerb bewirken, worunter namentlich Nachahmungen der Verpackung, Kopierung einer besonderen Form der Ware usw. zu verstehen seien.[3] Daraus kann geschlossen werden, daß Klagen, die sich ausschließlich auf Verletzung eines der gewerblichen Spezialgesetze stützen, unter Ausschluß der lit. a zu beurteilen sind und im Falle der Abweisung einer solchen Klage durch den Richter nachher auch nicht auf Grund der Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb noch vorgegangen werden kann.[4]

---

[2] Vgl. Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 332/333.

[3] BGE 30. II. 599; 46 II. 427; 48. II. 139; 50. II. 252; vgl. auch Germann, Vorarbeiten S. 77 ff.

[4] Weiß, S. 49 ff.

Die Praxis des Bundesgerichts ist indessen von Mertzlufft angegriffen worden, welcher in solchen Fällen eine kumulative Zulassung der Ansprüche postuliert: »Ist diese Begründung, die lex specialis gehe der lex generalis vor, gerechtfertigt? Nein! Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach im Falle einer einfachen Gesetzeskonkurrenz dieser Grundsatz zur Anwendung gelangen muß, wohl aber im Falle, wo sich zwei Gesetze widersprechen. Auch geben weder das Markenschutzgesetz, noch das Obligationenrecht Anhaltspunkte

Wie wir bereits oben erwähnt haben, wollte die Expertenkommission des Bundesrates mit der Aufstellung von lit. a besonders zwei Erscheinungen der mißbräuchlichen Verwendung von Unterscheidungsmitteln treffen. Ein erster Spezialtatbestand stellt die wider Treu und Glauben verstoßende Inanspruchnahme eines Unterscheidungsmittels zur Herbeiführung einer Verwechslung mit dem *Geschäftsbetrieb* eines andern Wettbewerbers dar. Als einfachste und zugleich geeignetste Mittel, den Geschäftsbetrieb gegenüber der Konkurrenz wirksam hervorstechen zu lassen, kommen vor allem der Name und die Firma des Gewerbetreibenden in Betracht. Aus den zahlreichen Entscheidungen des Bundesgerichts über diese Materie geht denn auch deutlich hervor, daß zur Hauptsache diese beiden Unterscheidungsmittel immer wieder Gegenstand von Rechtsstreiten gebildet haben.

Im heutigen Geschäftsverkehr spielt der Name oft eine ausschlaggebende Rolle.[5] Die gewaltige Bedeutung, welche der Gewerbetreibende dem Namen als Voraussetzung für seinen Absatz zuschreibt, läßt sich leicht daran ermessen, daß er nicht selten große Summen für Reklamezwecke opfert, um seinen Namen im Publikum durchdringen zu lassen. Es ist daher auch zu begreifen, daß er gerade durch solche Machenschaften, welche geeignet sind, die Zugkraft seines Namens zu verwässern und damit den Erfolg einer oft jahrelangen Werbetätigkeit in Frage zu stellen, in seinen Interessen am empfindlichsten verletzt wird. Nun besteht allerdings schon ein Schutz des

---

über die Rangordnung der beiden Gesetze im Sinne obiger Auffassung des Bundesgerichts.« (Mertzlufft, S. 18). Ferner auf Seite 20: »Betrachtet man meine oben aufgeworfene Frage nach den Gesichtspunkten des Wortlautes, des Zusammenhanges, der historischen Entwicklung und dem Zwecke, den beide Gesetze verfolgen, so wird man zu dem Schlusse kommen müssen, daß es völlig unverständlich ist, warum dem Verletzten neben dem Anspruch aus Markenschutzgesetz nicht gleichzeitig derjenige aus unerlaubtem Wettbewerb zugesprochen werden soll. Dies um so mehr, als ja das Markenrecht heute nur als ein Teil des Wettbewerbsrechts angesehen wird, und die rechtswidrige Verwendung einer Marke ein Schulfall des unerlaubten Wettbewerbs darstellt.« — Der Auffassung Mertzluffts kann jedoch deshalb nicht zugestimmt werden, weil zum Beispiel im Falle einer reinen Markenrechtsverletzung die Notwendigkeit einer weiteren Berufung auf lit. a zur Erreichung eines intensiveren Rechtsschutzes — und von diesem Gedanken muß Mertzlufft für die Begründung seiner Kritik wohl getragen worden sein — nicht einzusehen ist, da die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz ja viel schärfere Rechtsfolgen als die Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb vorsehen.

[5] Bauer, S. 69: »Von allen Mitteln, die dem Gewerbetreibenden zur Hervorhebung seiner Persönlichkeit im gewerblichen Wettkampf dienen, ist der Name bei weitem das wichtigste Unter seinem Namen ist der Geschäftsmann im Kreise seiner Kunden bekannt, unter ihm gehen seine Waren in die Welt hinaus, sein Name prangt über der Türe seines Geschäfts und an ihm hängt die Kundschaft und damit der Gewinn desselben, der Ertrag der Arbeit.«

Namens auf Grund von Art. 29 ZGB. Allein in unserem Falle handelt es sich nicht um den allgemeinen Namensschutz als solchen, wie ihn Art. 29 ZGB vorsieht, sondern, wie Neuberg zutreffend bemerkt, um den Schutz des Namens in einer ganz bestimmten Richtung, um den Schutz des »Handels- und Gewerbenamens, welcher eine Persönlichkeit innerhalb eines bestimmten Verkehrskreises, hier bei ihrer Betätigung im Gewerbetrieb bezeichnet.«[6] [7] Sofern ein Konkurrent einen fremden gewerblichen Namen zur Bezeichnung seines Geschäftsbetriebs verwendet, ist selbstverständlich eine Anrufung von lit. a nicht notwendig, da in diesem Falle der verletzte, im Handelsregister nicht eingetragene Gewerbetreibende schon nach Art. 29 ZGB gegen diesen vorgehen kann und ihm lit. a grundsätzlich keine weitergehenden Ansprüche als dieser Artikel vermittelt. Anders ist die Frage zu beurteilen — und das wird wohl die Regel für die Anrufung der lit. a darstellen —, wenn ein bereits eingeführter Gewerbetreibender sich beim Auftauchen eines neu auf den Markt tretenden Konkurrenten gleichen Namens in seinen Interessen verletzt fühlt. Die Gleichnamigkeit bietet einem Neuling geradezu eine verführerische Gelegenheit, sich auf Grund des Rechts zur Führung seines Namens den guten Ruf eines bekannten und bewährten Geschäftsmanns dienstbar zu machen und die Praxis ist denn auch nicht arm an Fällen, in welchen dieses Recht ausschließlich zur Täuschung des Publikums mißbraucht wurde.[8] Da sich hier zwei gleichwertige Rechte gegenüberstehen und eine analoge Ausdehnung des Art. 946/2 OR, nach welchem ein neuer Geschäftsinhaber in einem solchen Falle seinem Namen in der Firma einen Zusatz beizufügen hat, durch den diese deutlich von der älteren Firma unterschieden wird, auf Art. 29 ZGB nicht möglich ist, sieht sich der verletzte, im Handelsregister nicht eingetragene Gewerbetreibende auf Grund von Art. 29 ZGB in der Tat schutz- und damit rechtlos.[9] In diese Lücke im Rechtsschutz

---

[6] Neuberg, S. 43.

[7] Lobe, S. 288.

[8] Kohler, S. 109: »Kommt es doch nicht selten vor, daß ein solcher Emporkömmling mit gleichem Namen noch ganz besonders erklärt, daß man seine Marke nicht mit ähnlich lautenden Namen anderer verwechseln solle — natürlich nur, um bei dem guten Publikum die Meinung zu erwecken, als ob er der Träger des berühmten Namens, als ob seine Ware die des berühmten Hauses sei, als ob er es sei, der sich gegen gleichnamige Täuschungen zu schützen hätte.«

Vgl. ferner den überaus aufschlußreichen Entscheid des Bundesgerichts in Band 23, S. 1748 ff. und BGE 17; 710 ff.

[9] Weiß, S. 39: »Wo nun zwei Gewerbetreibende mit gleichem Namen einander gegenüberstehen, da stehen sich zwei accurat gleich starke Interessen gegenüber, und ein Eingreifen des Rechts etwa in Form des Untersagens der Namensführung für den einen scheint unstatthaft.«

springt nun die lit. a, welche eine derartig schikanöse Ausübung des formalen Rechts am Namen verbietet. Sie räumt dem sein Gewerbe zuerst ausübenden Wettbewerber die Priorität zur Benutzung seines gewerblichen Namens ein und zwingt einen neu hinzukommenden Konkurrenten gleichen Namens, durch Anbringung von geeigneten Zusätzen, einer sonst bestehenden Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Geschäftsbetrieben entgegenzuwirken.[10] Während die lit. a beim Wettbewerb wirklich Gleichnamiger den Rechtsschutz auf die Vorschrift, unterscheidende Zusätze anzubringen, beschränkt, reagiert sie dagegen bedeutend schärfer, wenn zur Ausbeutung des Ansehens, welches ein Gewerbetreibender im Publikum genießt, ein sogenannter Strohmann, welcher mit dem Geschäftsbetrieb an und für sich nichts zu tun hat, herbeigezogen und mit dessen Namen die zu Verwechslungen geeignete Gleichnamigkeit gewissermaßen erst konstruiert wird. Ein überaus drastisches Beispiel für solche perfide Mißbräuche des Namensrechts finden wir bei Kohler, welcher darlegt, daß zur Herbeiführung von Verwechslungen nicht selten »eine förmliche Jagd nach Persönlichkeiten angestellt worden ist, oft nach Individuen aus den niedersten Ständen, die keinen weiteren Vorzug hatten, als den, daß sie den Namen eines berühmten Kaufmannes trugen.«[11] Hier gewährt nun lit. a dem Verletzten einen wesentlich radikaleren Rechtsschutz, indem der Richter zur Wahrung seiner Interessen ein gänzliches Verbot zur Führung des die Verwechslung bewirkenden Namens aussprechen kann.[12]

Von ebenso großer Bedeutung zur Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs ist die Firma. Sie ist das Unterscheidungsmittel des im Handelsregister eingetragenen Kaufmanns. Wenn wir von den Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb gänzlich absehen und einen Vergleich zwischen dem Namensrecht und dem Firmenrecht anstellen, so genießt die Firma schon einen etwas weitergehenden Schutz als der gewerbliche Name eines im Handelsregister nicht eingetragenen Gewerbetreibenden. Soweit es sich um die Benutzung einer fremden Firma handelt, decken sich Art. 29 ZGB und Art. 956 OR noch in ihren wesentlichen Wirkungen, indem der verletzte Wettbewerber in beiden Fällen vom Richter ein Verbot zur Führung des vom Konkurrenten sich widerrechtlich angemaßten gewerblichen

---

[10] Vgl. Ostertag, SJK, Nr. 312; Pinner, S. 122 ff.; Weiß, S. 40; besonders auch Feibel, S. 64 ff.

[11] Kohler, S. 113; S. 117: »Um den Champagner als Mumm zu bezeichnen, ließ man sogar ein Dienstmädchen Mumm in eine Firma eintreten.« (RGZ vom 24. 2. 1908.)

[12] Weiß, S. 40; Finger, S. 342; vgl. insbesondere Lagershausen, S. 46 ff.: Die Behandlung der Strohmannfirma.

Namens oder der Firma erwirken kann. Während der Art. 29 ZGB es aber mit dieser Maßnahme zum Schutze des gewerblichen Namens bewenden läßt, geht Art. 946 OR wesentlich weiter und räumt dem sein Gewerbe zuerst ausübenden Geschäftsmann auch dann, wenn der neue Konkurrent den gleichen Vor- und Familiennamen trägt und damit eigentlich an sich zur Führung der gleichen Firma berechtigt wäre, die Priorität zur ausschließlichen Benutzung seiner Firma ein, indem er einen gleichnamigen Konkurrenten am gleichen Ort zwingt, seinem Namen in der Firma einen Zusatz beizufügen, durch den diese deutlich von der älteren Firma unterschieden wird. Ein erweiterter Schutz des gewerblichen Namens in dieser Richtung, wie ihn die Firma genießt, erreicht dagegen der nicht eingetragene Gewerbetreibende nicht auf Grund von Art. 29 ZGB, sondern erst auf dem Umweg über die Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb. Trotz diesen strengeren firmenrechtlichen Bestimmungen ist es nicht möglich, einen Gewerbetreibenden in allen Fällen gegen die mißbräuchliche Verwendung seiner Firma zur Herbeiführung von Verwechslungen mit seinem Geschäftsbetrieb zu schützen. Nach dem Wortlaut des Art. 946 OR ist nämlich der neue Geschäftsinhaber nur dann verpflichtet, seiner Firma einen Zusatz beizufügen, durch den diese sich von der älteren Firma unterscheidet, wenn er sich an demselben Ort befindet. Außerdem genügt, wie dies aus der Praxis des Bundesgerichts deutlich hervorgeht, schon eine kleine Verschiedenheit zwischen den beiden Firmen, um die Anwendung von Art. 946 OR auszuschließen.[13] Will sich nun ein Konkurrent, der an sich zur Führung der gleichen Firma befugt ist, in den Kundenkreis eines leistungsfähigen Geschäftsmanns einschleichen, so kann er die Bestimmungen des Firmenrechts auf denkbar einfache Weise dadurch umgehen, daß er entweder seinen Geschäftsbetrieb an einem andern Ort unter der gleichen Firma wie der schon längst bekannte Geschäftsmann einrichtet oder am gleichen Ort einen dem Publikum in der Regel nicht stark in die Augen springenden Zusatz in die Firma aufnimmt.[14] Ein typischer Schulfall eines nach Firmenrecht nicht anfechtbaren Mißbrauchs einer Firma zur Herbeiführung einer Verwechslung mit dem Geschäftsbetrieb eines andern stellt der Prozeß »Waagenfabrik Stu-

[13] BGE 47. II. 68 ff.; vgl. auch BGE 28. II. 40; BGE 63. II. 75: »Vimi — Néon gegen Lumi — Néon« und die bei Fick, S. 132, zitierten Urteile unserer Gerichte in den Prozessen »Ganter Sibler & Co. gegen Meyer Sibler & Co.« (HE 14, S. 285) und »Möbelfabrik Horgen-Glarus gegen Möbelfabrik Horgen« (BlfzüR 9, Nr. 105); Pinner, S. 127: »Wenn dem Gesetz genügt ist, ist es für gleichgültig erachtet, daß die Firma in Täuschungsabsicht erworben wird.«

Vgl. ferner einige Fälle aus der deutschen Praxis bei Poeschl, S. 118 ff.

[14] Pinner, S. 127.

der A.-G.« gegen »Jean Studer, Waagenfabrik, Olten« (BGE 47. II. 68 ff.) dar. Hier verkaufte Vater Studer sein Geschäft, welches er unter der Firma »Jean Studer, Waagenfabrik, Olten« geführt hatte, an Dr. Lincke. Die anschließend gegründete Aktiengesellschaft, in welcher Vater Studer Verwaltungsratsmitglied war, wurde unter der Firma »Waagenfabrik Studer A.-G.« eingetragen. Gleichzeitig eröffnete jedoch der Sohn des Vaters Studer ein eigenes Geschäft, welches er am Tage der Löschung der väterlichen Firma unter der gleichen Firma »Jean Studer, Waagenfabrik, Olten« eintragen ließ. Die Aktiengesellschaft, welche sich in ihrem Firmenrecht verletzt fühlte, klagte darauf gegen den Sohn und verlangte, daß ihm die weitere Verwendung der alten Firma untersagt werde, da dieselbe von seinem Vater wegen Verkauf des Geschäfts gelöscht worden war. Das Bundesgericht hat jedoch diese Klage, soweit sie sich auf firmenrechtliche Bestimmungen stützte, abgewiesen, mit der Begründung, daß die Firma »Jean Studer, Waagenfabrik, Olten« wahrheits- und gesetzesmäßig gebildet sei und sich mit hinreichender Deutlichkeit von derjenigen der Klägerin unterscheide, was besonders schon daraus hervorgehe, daß die eine Firma ja als Gesellschaftsfirma, die andere dagegen als Einzelfirma gekennzeichnet sei. Dieses Beispiel bringt klar zum Ausdruck, daß ein Geschäftsmann auf Grund des Firmenrechts allein nicht in allen Fällen gegen Maßnahmen, welche eine Firmenverwechslung begründen, geschützt werden kann. Es ist daher Aufgabe der lit. a, das Firmenrecht in dieser Richtung zu ergänzen und einen Schutz gegen solche Firmen aufzustellen, welche wohl einer firmenrechtlichen Beurteilung standhalten, aber offensichtlich zum Zwecke der Herbeiführung von Verwechslungen benutzt werden.[15] Aus diesem Gesichtspunkt hat denn auch das Bundesgericht der nach Firmenrecht nicht anfechtbaren Firma »Jean Studer, Waagenfabrik, Olten« trotzdem seinen Schutz verweigert und, da es in diesem Eintrag mit Recht eine unerlaubte Wettbewerbshandlung erblickte, dem Beklagten die Führung dieser Firma ohne Anfügung eines Zusatzes, durch den eine Verwechslung mit dem Geschäft der Klägerin vermieden wird, auf Grund der Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb untersagt.

Von großer Wichtigkeit zur Individualisierung des Geschäftsbetriebs sind ferner die Geschäftsbezeichnung und das Geschäftsschild. Da die geltende Gesetzgebung von einem besonderen Schutz dieser beiden Unterscheidungsmittel gänzlich absieht und auch das

[15] Bartz, S. 25; Fick, S. 132; Rosenthal, S. 335: »Das formale Recht an der Firma muß unter Umständen hinter das stärkere (materielle) Recht zum Schutze der Erwerbstätigkeit zurücktreten.«

Firmenrecht ihnen nur dann einen Schutz gewährt, soweit sie einen Bestandteil der Firma bilden[16], stellt die Anerkennung eines selbständigen Rechts an der Geschäftsbezeichnung und am Geschäftsschild in lit. a eine erfreuliche Erweiterung des Rechtsschutzes gegen unerlaubten Wettbewerb dar. Wie aus den ständerätlichen Beratungen über den Entwurf hervorgeht, genießt jedoch der Gewerbetreibende nur dann die Priorität zur Benutzung einer von ihm zuerst eingeführten und freigewählten Geschäftsbezeichnung oder eines Geschäftsschildes, wenn dieselben etwas Originelles aufweisen, mit andern Worten, wenn die wörtliche oder bildliche Bezeichnung des Geschäftsbetriebs eine aus der Phantasie des betreffenden Gewerbetreibenden herausgeborene Neuheit für einen bestimmten Wirtschaftskreis bedeutet. Somit werden also jene Geschäftsbezeichnungen und Geschäftsschilder gegen die Herbeiführung einer Verwechslung nicht geschützt, welche bloße »Descriptivbezeichnungen« enthalten.[17] Eine weitere Einschränkung erfährt sodann lit. a noch dadurch, daß das Recht auf die Geschäftsbezeichnung oder auf das Geschäftsschild in der Regel auf denselben Ort begrenzt ist[18], was besonders für Hotelnamen und Wirtschaftsschilder von Bedeutung ist. Durch diese letztere Einschränkung entzieht der Entwurf zugleich dem Gewerbetreibenden ein unbeschränktes Recht auf seine Geschäftsbezeichnung oder auf seinen Geschäftsschild und vermeidet damit einen zu weitgehenden Schutz solcher Unterscheidungsmittel, welcher dem Gewerbetreibenden ohnehin nichts nützen, aber zu einer unnötigen Behinderung des Verkehrs führen würde.

---

[16] Simon, S. 13: »Das Bundesgericht (BGE 17; 512 ff.) hat sich dahin geäußert, daß, wenn das Gesetz den Namensberechtigten gegen unbefugte Verwendung seines Namens schütze, nach Sinn und Geist des Gesetzes der nämliche Schutz auch gegen die unberechtigte Aufnahme des Namens in eine Geschäftsbezeichnung, speziell in einen Schild, gewährt sein müsse.«

Vgl. ferner Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 345.

Ueber den Schutz der Geschäftsbezeichnung und des Geschäftsschildes im deutschen Recht vor dem ersten Gesetz zur Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 vgl. Alexander Katz, S. 27 ff.

[17] Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 345; vgl. ferner Ostertag, SJK, Nr. 312.

Kohler, S. 122, führt als Beispiel für Descriptivbezeichnungen die Ausdrücke Teehaus, Stehbierhalle, Warenhaus, Schuhlager, Bazar, usw. an.

[18] Germann, Vorarbeiten, S. 77 ff.; eine Ausnahme zu dieser Regel finden wir bei Pinner, S. 138. Hier hat das Reichsgericht dem Inhaber der Kölner Weinstube »zum Treppchen« das Alleinrecht zum Gebrauch dieser Bezeichnung eingeräumt und dem Inhaber einer Weingroßhandlung »zum Treppchen« in Hamburg die Führung dieser Bezeichnung wegen naheliegender Verwechslungsmöglichkeit verboten. Vgl. dagegen den Fall in DJZ, Bd. VII, S. 156, in welchem das Oberlandesgericht Darmstadt das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen dem Restaurant »zum Treppchen« in Köln und dem Restaurant »zum Tröppchen« in Darmstadt ablehnte.

Der zweite in lit. a statuierte Spezialtatbestand ist die wider Treu und Glauben verstoßende Verwendung eines Unterscheidungsmittels zur Herbeiführung von Verwechslungen mit den *Waren, Werken oder Leistungen* eines Gewerbetreibenden. Von den zahlreichen Unterscheidungsmitteln, welche den Gewerbetreibenden zur individuellen Bezeichnung ihrer Erzeugnisse zur Verfügung stehen, spielen hier ebenfalls der Name und die Firma, daneben aber auch das Warenzeichen, die Ausstattung und besonders für Werke der Literatur, der Kunst und der Musik der Werktitel (zum Beispiel der Buch- oder Zeitungstitel), weitaus die größte Rolle. Soweit der Name oder die Firma zur besonderen Bezeichnung einer Ware verwendet wird, kann der Gewerbetreibende gegen die Herbeiführung von Verwechslungen mit den gleichen Bestimmungen geschützt werden, welche ihm gegen die mißbräuchliche Verwendung dieser Unterscheidungsmittel zur Herbeiführung von Verwechslungen mit seinem Geschäftsbetrieb Schutz gewähren[19], das heißt entweder mit Art. 29 ZGB oder mit den Art. 944 ff. OR, und in jenen obenerwähnten Fällen, in welchen diese Bestimmungen nicht ausreichen, außerdem noch mit lit. a. Es erübrigt sich daher, an dieser Stelle nochmals auf die voranstehend behandelten Fälle einzutreten. Ebenso sollen hier nicht die eigentlichen Verletzungen des eingetragenen Warenzeichens, der Marke, zur Sprache kommen. Die Verwendung einer fremden Marke zur Bezeichnung der eigenen Ware gehört in das Reich des Markenrechts, welches den Verletzten gegen derartige Machenschaften hinreichend schützt. Was uns hier interessiert, sind jene Erscheinungen des unerlaubten Wettbewerbs, welche von den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze nicht erfaßt werden und für welche auch die übrige Gesetzgebung keinen ausdrücklichen Rechtsschutz vorsieht.

So versagt das Markengesetz dem Gewerbetreibenden den Rechtsschutz dann, wenn das von ihm zur Bezeichnung seiner Erzeugnisse verwendete bildliche oder wörtliche Warenzeichen im Markenregister nicht eingetragen ist. Und doch würde es unserem Rechtsgefühl widersprechen, wenn ein Geschäftsmann, dessen Kundschaft daran gewöhnt ist, bei der Tätigung von Einkäufen auf das von ihm gewählte Warenzeichen besonders zu achten, des Rechtsschutzes entbehren müßte, wenn ein allzu gerissener Konkurrent sich gerade diesen Umstand, daß ein nicht eingetragenes Warenzeichen keinen markenrechtlichen Schutz genießt, zunutze macht und seine Waren mit dem gleichen oder doch einem täuschend ähnlichen Zeichen versieht. Das Handelsgericht des Kantons St. Gallen hat denn auch aus diesem

---

[19] Vgl. Simon, S. 14.

Gesichtspunkt in einem Urteil vom 19. Juli 1930 den Inhaber eines Herrenwäschegeschäfts, welcher zur Bezeichnung der verschiedenen Paßformen von Herrenkragen fünf bisher noch nicht gebrauchte Kennworte verwendete, gegenüber einem Konkurrenten, welcher die Paßformen seiner Kragen mit den gleichen Kennworten bezeichnete, durch Auslegung von Art. 48 OR geschützt, mit der Begründung, daß solche Namen zur Unterscheidung der Ware dienen und daher die Rolle einer Marke spielen; die Klägerin habe ein Individualrecht auf Benutzung dieser Kennworte erworben, welches von der Hinterlegung nicht abhängig sei und schon vorher bestanden habe.[20] Allerdings genießt nicht jedes beliebige, nicht eingetragene Warenzeichen den Rechtsschutz; Voraussetzung für die Schutzwürdigkeit ist »ein sogenannter qualifizierter Gebrauch, ein Gebrauch, der zur Anerkennung des Verkehrs geführt hat«.[21] Aber auch dann, wenn das Warenzeichen des Gewerbetreibenden hinterlegt und im Markenregister eingetragen ist, kann das Markengesetz ihn nicht gegen alle Fälle der Herbeiführung von Verwechslungen schützen. Gemäß Art. 24 dieses Gesetzes liegt nämlich eine Markenrechtsverletzung nur dann vor, wenn die fremde Marke auf den Erzeugnissen selbst oder deren Verpackung angebracht ist, mit andern Worten, wenn eine fremde Marke unmittelbar wiederum die Funktion einer Marke ausübt. Verwendet aber ein Konkurrent eine fremde Marke in Katalogen, Prospekten, Reklamen, Inseraten usw., so sieht das Bundesgericht folgerichtig in einer solchen Handlung keine Verletzung des Markenrechts mehr, sondern beurteilt derartige Tatbestände auf Grund der Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb.[22]

Ebenso gewähren die gewerblichen Spezialgesetze einem Geschäftsmann, welcher seine Erzeugnisse in einer besonders originellen Ausstattung in den Verkehr bringt, keinen Rechtsschutz gegen Nachahmungen, im Gegensatz zum deutschen Warenzeichengesetz (WZG § 15), welches diesem Unterscheidungsmittel ausdrücklich den gleichen Schutz wie der Marke erteilt. Daraus folgt, daß sich auch hier unsere Gerichte für die Beurteilung von Rechtsstreiten, denen die Herbeiführung von Verwechslungen mit den Waren eines andern Gewerbetreibenden durch Nachahmung der besonderen Form des Pro-

[20] SJZ, Bd. 28, S. 81.

[21] Kohler, S. 125; Ostertag, SJK, Nr. 312.

[22] BGE 50. II. 195 ff.: »Nach feststehender Praxis des Bundesgerichts stellt die Verwendung einer geschützten Marke in Prospekten, Reklamen, Inseraten usw. nicht eine Markenrechtsverletzung dar. Eine solche Zeichenbenutzung kann vielmehr einzig aus dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs untersagt werden.« Vgl. auch Daeppen, S. 116 ff.; Germann, Vorarbeiten, S. 77 ff.; Schneider, S. 796.

duktes oder der originellen Verpackung zugrunde liegt, gezwungen sehen, zu der recht schmalen Bestimmung in Art. 48 OR Zuflucht zu nehmen, in welcher ja nur von der »unwahren Auskündung« die Rede ist, und durch eine möglichst weite Auslegung den erforderlichen Rechtsschutz gegen solche Machenschaften sicherzustellen.[23] Ferner ist nach der Praxis des Bundesgerichts auch der Buch- oder Zeitungstitel vom urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen, da sich das Urheberrecht nicht mit dem Werktitel, sondern nur mit dem geistigen Inhalt eines Werkes befaßt.[24] Damit jedoch das Bundesgericht solche Unterscheidungsmittel für Werke der Literatur, der Kunst und der Musik auf Grund der Bestimmungen über den unerlaubten Wettbewerb gegen Verwechslungen schützt, muß es sich selbstverständlich um eigenartige, originelle Werktitel handeln und nicht nur um solche, welche lediglich auf den Inhalt und den Zweck des Werkes hinweisen.[25] Schließlich sei noch der Fall der Herbeiführung einer Verwechslung mit einer nicht patentierten Neuerung erwähnt, für dessen Beurteilung das Patentrecht ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen kann.[26]

---

[23] Vgl. besonders BGE 20; 1047 ff.: Kopierung der Farbe und Ausstattung eines Fahrplanes;

BGE 37. II. 172 ff.: Nachahmung einer besonders gestalteten Verpackung;

BGE 56. II. 32 ff.: Unerlaubter Wettbewerb und nicht Markenrechtsverletzung liegt vor durch Abfüllen von Textonwürze in Maggi-Fläschchen, auch dann, wenn der Käufer damit einverstanden ist.

Vgl. ferner BGE 30. II. 599; 46. II. 427; 48. II. 139; 50. II. 252; besonders aber auch BGE 61. II. 385: »Markenrechtlich nicht schutzfähig ist die Gestaltung der Verpackung der Ware, also die besondere Ausstattung.«

[24] BGE 17; 753 ff.; vgl. ferner BGE 24. II. 716: »Amtsanzeiger Thun« gegen »Anzeiger für den Amtsbezirk Thun«; Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 345.

Nach der neueren Praxis des Bundesgerichts (BGE 64. II. 111 ff.) genießt allerdings nun auch der Werktitel Urheberrechtsschutz, jedoch nur unter der strengen Voraussetzung, daß ein solcher Titel selber Werkcharakter aufweist: »Werk im Sinne des Urheberrechtsgesetzes ist die Verkörperung eines Gedankens, zu der es, sei es mehr hinsichtlich des Inhaltes oder mehr hinsichtlich der Form, einer individuellen geistigen Tätigkeit bedurfte; es muß sich handeln um eine Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge.« ... »Daß ein Titel für sich allein diese Voraussetzungen erfülle, wird nun allerdings selten sein.« Damit gibt das Bundesgericht selbst zu, daß mit dieser Einschränkung die Mehrzahl der Fälle der mißbräuchlichen Verwendung von Titeln nicht auf Grund des Urheberrechtsgesetzes verfolgt werden können, da in den meisten Fällen ein Titel einen eigenen Ideengehalt in diesem Sinne nicht aufweist.

[25] Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 345: »Lehrbuch über die Geographie«, »Lateinisches Lehrbuch« sind nicht geschützte Titel. Ueber den Rechtsschutz des Buch- und Zeitungstitels vgl. insbesondere Brandis, S. 38 ff. und Ebel, S. 60 ff.; ferner Ostrowski, S. 67 ff.

[26] BGE 57. II. 461 führt aus, daß unerlaubter Wettbewerb vorliege, »wenn ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks die Möglichkeit einer Unterscheidung, sei es durch besondere Bezeichnung, Ausstattung oder Ausgestaltung, gegeben gewesen wäre.« Ferner erwähnt das Bundesgericht, daß bei der Ausnützung

Aus diesen Beispielen erhellt, daß unsere Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz für den heutigen Verkehr zu wenig ausgebaut sind und noch recht viele Lücken aufweisen. Auf der andern Seite bringen jedoch die hier angeführten bundesgerichtlichen Entscheidungen klar zum Ausdruck, daß der Wortlaut des Art. 48 OR, welcher sich nur auf die unerlaubte Reklame beschränkt, zur Behebung dieses Mangels auch nicht nur annähernd geeignet erscheint, da sich das Bundesgericht in allen diesen Fällen gezwungen sah, eigene Grundsätze für eine sichere Beurteilung solcher Tatbestände herauszuarbeiten. Dieser unbefriedigende Zustand wird nun durch lit. a endgültig beseitigt, welche den Standpunkt des Bundesgerichts bei der Behandlung dieser Fragen übernimmt und damit dessen vorzügliche Pionierarbeit auf diesem Gebiet entsprechend würdigt. Lit. a führt diese Tatbestände unerlaubten Wettbewerbs ausdrücklich auf, wodurch sie die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz in klarer Weise wirksam ergänzt. Wenn auch der Entwurf, wenn er einmal Gesetz sein wird, in dieser Hinsicht keine materielle Neuerung gegenüber der Rechtssprechung des Bundesgerichtes bringt, so veranschaulicht doch die in lit. a erfolgte kurze und prägnante Verankerung der bundesgerichtlichen Praxis, welche insbesondere dem rechtsunkundigen Geschäftsmann in der Regel doch nicht bekannt ist, sowohl dem Richter als auch dem rechtssuchenden Gewerbetreibenden den Willen des Gesetzgebers wesentlich deutlicher, indem sie unmißverständlich zum Ausdruck bringt, in welchen Fällen ein Schutz gegen die Herbeiführung von Verwechslungen gewährt wird.

Was die Frage der Verwechselbarkeit von gewerblichen Unterscheidungsmitteln betrifft, so setzt der Wortlaut von lit. a nicht notwendig voraus, daß der Gebrauch eines Kennzeichens bereits zu einer tatsächlichen Verwechslung geführt hat, sondern es wird, wie dies auch aus der Botschaft ersichtlich ist, der Tatbestand immer schon dann als erfüllt betrachtet werden müssen, wenn nur eine Gefahr der Verwechslung besteht. Dabei ist sowohl nach der Botschaft als auch nach dem Schrifttum die Frage, ob im entscheidenden Fall das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr angenommen werden soll oder nicht, ausschließlich nach dem Gesamteindruck, welchen die Kundschaft bei einer auch nur oberflächlichen Betrachtung dieser Unterscheidungszeichen gewinnt, zu beurteilen[27] und nicht nach der Auf-

---

eines Gebrauchsgegenstands, welchem der gewerbliche Rechtsschutz fehle oder nicht mehr anhafte, nicht gerade eine Form gewählt werden solle, die zu Verwechslungen Anlaß gebe.

[27] Botschaft, S. 18/19; Callmann, S. 408: »Maßgebend ist der Gesamteindruck, den in der Eile des Geschäftsverkehrs der flüchtige Durchschnittskäufer empfängt.

fassung des Richters, welchem natürlich bei einer genauen Prüfung schon kleine Abweichungen in die Augen springen müssen.[28] Diese letztere Bestimmung, welche an das Bestehen einer Verwechslungsgefahr keine allzu großen Anforderungen stellt, macht lit. a zu einer äußerst scharfen Waffe selbst gegen die raffiniertesten Tatbestände unerlaubten Wettbewerbs. Vor allem werden durch diese Art der Anwendung von lit. a gerade jene Fälle erfaßt, in denen ein Gewerbetreibender, da er mit der Flüchtigkeit des Käufers rechnet, ein Unterscheidungszeichen seines Konkurrenten mit geringfügigen Unterschieden verwendet und nun auf Grund dieser »Unterschiede« hofft, durch die Maschen des Gesetzes hindurchschlüpfen zu können. Wir können daher Matthießen nur zustimmen, wenn er sagt, daß »die Unterschiede nur die Leimruten sind, auf die der Richter, wenn es zum Prozeß kommt, zum Nachteil des redlichen Verkehrs hereinfallen soll«.[29]

II. Die Anschwärzung.

Der Tatbestand der Anschwärzung, für welchen der französische Sprachgebrauch den Ausdruck »*dénigrement*« geprägt hat, ist gemäß Art. 2, lit. b des Entwurfs erfüllt, wenn ein Gewerbetreibender

»unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Aeußerungen über einen andern, seine Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse«

in der Oeffentlichkeit ausstreut. Bei der Anschwärzung ist das Bestreben des Mitbewerbers darauf gerichtet, durch Verbreitung lügenhafter oder täuschender Behauptungen den Konkurrenten selbst, seine Erzeugnisse oder auch sein Unternehmen in den Augen des Publikums herabzusetzen, um ihn auf diese Weise im Besitze seiner Kundschaft zu gefährden oder zu schädigen. Das wirksamste Mittel zur Herabsetzung der Konkurrenz, dessen sich der Gewerbetreibende

---

Dieser sieht die Zeichen nicht nebeneinander, hat das eine der streitenden Zeichen vielleicht vor Monaten gesehen und muß deshalb die Vergleichung nach dem im Gedächtnis haftenden schwachen Erinnerungsbild vornehmen.« Vgl. ferner Bachem und Roeren, S. 106 ff.; Germann, Vorarbeiten, S. 77 ff.; Rosenthal, S. 341 ff.; insbesondere Sprinkmeier, S. 16 ff.

[28] Callmann, S. 408: »Es ist eine überaus schwierige Aufgabe für den Richter, sich in die Seele des Käufers zu versetzen, denn das kritische Anschauen der Zeichen und das Vergleichen mit dem Gegenzeichen ist ja gerade dasjenige, was dem flüchtigen Käufer abgeht. Hierdurch nimmt er sich von vornherein die Fähigkeit, den flüchtigen Eindruck des Käufers festzustellen.«

[29] Matthießen, JW, S. 698. Ebenso Rosenthal, S. 342: »Würde die Bezeichnung diese (irreführende) Wirkung nicht haben, so wäre sie für den Beklagten wertlos, und er würde gewiß nicht Mühe und Kosten aufwenden, um sie zu erhalten.«

im modernen Wirtschaftskampf bedient, ist die Reklame, welche ihm auf eine verhältnismäßig einfache Art, zum Beispiel durch Inserat, Zirkular usw. ermöglicht, einen großen Kreis der Umwelt in dieser Richtung zu beeinflussen.[1] Die Verwerflichkeit der Anschwärzung als besondere Erscheinungsform des unerlaubten Wettbewerbs liegt vor allem darin, daß es hier einem Wettbewerber nicht so sehr daran gelegen ist, durch Anpreisung der eigenen Leistungen die Gunst der Abnehmer zu erwerben, sondern daß er das Schwergewicht im Wettbewerbskampf ausschließlich darauf legt, die fremde Leistung durch abfällige, den Tatsachen nicht entsprechende Aeußerungen herabzuwürdigen und damit den Konkurrenten aus dem Absatzgebiet zu verdrängen.

Als erstes Tatbestandsmerkmal der Anschwärzung verlangt der Entwurf in lit. b das Verbreiten unrichtiger, irreführender oder unnötig verletzender Aeußerungen. Nicht erforderlich ist, daß derartige Behauptungen schriftlich, durch Inserate, Zirkulare, Zeitungsartikel, usw. erfolgen, sondern die Botschaft sieht in Uebereinstimmung mit der Praxis des Bundesgerichts ein dénigrement auch darin, wenn der Konkurrent durch mündliche Aeußerungen herabgesetzt wird.[2] Diesen Grundsatz hat jedoch das Bundesgericht im gleichen Entscheid

---

[1] Imbach, S. 83: »Die Reklame bildet die Brücke zwischen Verkäufer und Käufer.«

Grimmlinger, S. 34: »Grundsätzlich ist die Reklame Massenbeeinflussung und wendet sich daher an einen unbestimmten Personenkreis.«

Ueber den Begriff der Reklame vgl. besonders Opitz, S. 1 ff. und Recht, S. 9 ff.; ferner Schmal, S. 4 ff. und Tuchmann, S. 3 ff.

[2] Botschaft, S. 20. Ferner spielt es nach der Botschaft (S. 20) keine Rolle, ob die Aeußerung an einen größeren Personenkreis (z. B. durch Inserat) oder an eine kleinere Zahl von Personen (z. B. durch Zirkular) gerichtet ist. — BGE 21; 1181 ff.

In diesem Zusammenhang sei noch auf die *vertraulichen Mitteilungen* hingewiesen, bei deren Beurteilung der Richter besondere Vorsicht walten zu lassen hat. Grundsätzlich darf angenommen werden, daß vertrauliche Aeußerungen nicht gegen Treu und Glauben verstoßen und demgemäß auch nicht unter lit. b fallen. Nach Rosenthal, S. 328, sind aber vertrauliche Mitteilungen nur solche, »deren vertrauliche Behandlung ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist oder sich aus der Sachlage ergibt«. Geht jedoch aus der ganzen Lage des Falles eindeutig hervor, daß eine Mitteilung offensichtlich zur Verbreitung bestimmt ist, so kann sich der betreffende Wettbewerber der zivilrechtlichen Verfolgung durch lit b auch dann nicht entziehen, wenn er diese mit dem Vermerk »vertraulich« versehen hat. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht einen Fabrikanten, welcher an seine Agenten gedruckte Instruktionen herausgegeben hatte, in denen Mängel des Konkurrenzproduktes angeführt waren, trotz der den betreffenden Personen gegenüber geäußerten Bemerkung, daß diese Angaben streng vertraulich zu behandeln seien, nicht geschützt, mit der Begründung, daß diese Instruktionen nicht ausschließlich für die Vertreter bestimmt gewesen seien, und es sich aus der Lage der Sache ergebe, daß mit diesen Instruktionen der Zweck verfolgt worden sei, durch den Mund der Vertreter den Inhalt der Instruktionen zur Kenntnis des Publikums zu bringen. (MuW. Bd. 9, S. 390: »Minimax« gegen »Radikal«.)

mit Recht dahin eingeschränkt, daß man nicht wegen jeder mißbeliebigen Aeußerung über die Fabrikate eines Konkurrenzgeschäfts schon von concurrence déloyale sprechen könne; dagegen liege eine solche zweifellos vor, wenn ein Gewerbetreibender ein Konkurrenzgeschäft und seine Waren fortgesetzt systematisch, wenn auch bloß durch mündliche Aeußerungen heruntermache. Durch diese Einschränkung hat wohl das Bundesgericht vor allem verhindern wollen, daß ein allzu empfindlicher Wettbewerber seinen Konkurrenten auf Grund einer vereinzelten, vielleicht sogar in einer erregten Diskussion gefallenen herabsetzenden Bemerkung gleich in einen Prozeß hineinzieht, welcher dann in der Regel die Wirkung hat, daß der unbesonnene Beklagte in den Augen der breiten Oeffentlichkeit nun ganz allgemein als unreeller Geschäftsmann dasteht. Vielmehr kann von einer systematischen Herabsetzung erst dann gesprochen werden, wenn ein Gewerbetreibender solche Behauptungen gegen jedermann und bei jeder Gelegenheit aufstellt. Ebenso setzt der Tatbestand der Anschwärzung nicht notwendig voraus, daß der oder die Mitbewerber direkt mit Namen erwähnt werden[3], sondern es genügt vollkommen, wenn durch eine auch nur allgemeine herabsetzende Behauptung auf die Konkurrenz schlechthin hingewiesen wird. Diese im Entwurf vertretene Auffassung stellt gegenüber der Beurteilung, welche solche allgemeine Angaben in der deutschen Doktrin und Judikatur erfahren, eine nicht unerhebliche Erweiterung des Rechtsschutzes dar. So gewährt das Reichsgericht in Auslegung des Wettbewerbsgesetzes (UWG § 14) ein Klagerecht nur dann, wenn aus den besonderen Umständen klar hervorgeht, wer gemeint ist, dagegen nicht, wenn die (allgemeine) Behauptung die Möglichkeit offen läßt, daß bei ganz allgemeiner Zensierung einer Gruppe von Betrieben Ausnahmen übrigbleiben können.[4] Es handelt sich also hier um eine spezielle Kategorie von allgemeinen Behauptungen, nämlich um solche, die zufolge dieser besonderen Begleitumstände ihre Spitze trotzdem gegen einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber richten und damit in gewissem Sinne wiederum » p e r s ö n l i c h « wirken. Einer derartigen Einschränkung hat jedoch der Entwurf lit. b mit Recht nicht

---

[3] Botschaft, S. 15; vgl. ferner Hippel, S. 30 ff.; Schuler, S. 94. — So hat auch das Reichsgericht einmal ausgeführt, daß die an sich allgemeine Behauptung des A, »seine Reformbetten seien nicht rostend und staubfrei, die anderer dagegen nicht«, aus dem Umstand, daß A und B allein Reformbetten verkaufen, unzweifelhaft nur auf B zutreffen könne. (Finger, S. 237.)

[4] RGZ vom 13. 12. 29, in MuW, Bd. 30, S. 220: »Ein Klagerecht ist nur gegeben, wenn durch die besonderen Umstände auch die allgemein gehaltene Wendung hinreichend deutlich ist.«
Ebenso Callmann, S. 359; Finger, S. 237; Kohler, S. 242; Rosenthal, S. 327.

unterworfen. Mag diese Art der Auslegung auch dort, wo nur wenige bekannte Gewerbetreibende in einer Branche tätig sind oder kleinere örtliche Verhältnisse vorliegen (z. B. in BGE 42. II. 597 ff.: Privatbäcker in Oberburg gegen Konsumgenossenschaft in Oberburg) noch zum Ziel führen, so muß sie sich doch unfehlbar als zu eng erweisen, wenn solche Angriffe beispielsweise in einer Stadt gegen eine größere Berufsgruppe gerichtet sind. Denn gerade in diesem letzteren Fall wird der Nachweis, daß die allgemeine Behauptung eine unmittelbare Beziehung zu einer bestimmten Person hat, in der Regel doch nicht zu erbringen sein. Die Lösung im Entwurf, welcher ein Klagerecht auf Grund von lit. b nicht nur dann erteilt, wenn durch eine allgemein gehaltene anschwärzende Aeußerung eine oder mehrere bestimmte Personen gefährdet oder verletzt werden, sondern auch dann, wenn durch diese ganz allgemein Mitbewerber in Mitleidenschaft gezogen werden, bedeutet daher einen wesentlich durchgreifenderen Rechtsschutz. Dieser wird nicht zuletzt auch noch dadurch intensiver gestaltet, daß bei der letzteren Erscheinungsform ebenfalls den Berufsverbänden die Aktivlegitimation für Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen zusteht, im Gegensatz zu UWG § 14, welcher diesen Anspruch, da er ja eine Anschwärzung, die sich nicht gegen einen oder mehrere bestimmte Wettbewerber richtet, grundsätzlich nicht kennt, den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, allerdings somit folgerichtig, entzieht und nur dem Verletzten zubilligt.[5]

Der Hauptanwendungsfall von lit. b bildet das Verbreiten unwahrer Behauptungen, deren Nachweis in der Regel keine großen Schwierigkeiten bereitet. Häufig operiert jedoch ein Gewerbetreibender nicht ausschließlich mit unwahren Aeußerungen, sondern sucht durch eine Entstellung oder durch eine Aufbauschung auch wahrer Tatsachen das Publikum irrezuführen. Die Verhältnisse werden hier in der Regel so liegen, daß die irreführende Auskündung, welche wohl ein Körnchen Wahrheit enthält, sich nur »unter einem ganz engen und außergewöhnlichen Gesichtswinkel«[6] als richtig erweist,

---

[5] Vgl. Botschaft, S. 15; Finger, S. 251 ff.; Hippel, S. 67; Pinner, S. 112 ff.; Recht, S. 47.

Vgl. ferner DJZ, Bd. 2, S. 405: Hier hat das Reichsgericht die Klage der Schuhmacherinnung abgewiesen, mit der Begründung, daß Berufsverbände auf Grund von UWG § 14 nicht klagen können.

[6] Grimmlinger, S. 38; S. 39: »Einzelne Sätze oder Bestandteile der Aeußerung können wahr sein, im Zusammenhang mit den übrigen wahrheitswidrigen Angaben aber ihren erlaubten Charakter einbüßen, weil eine halbe Wahrheit eine ganze Lüge sein kann.«

Ebenfalls das Bundesgericht betrachtet die Verbreitung an sich wahrer Tatsachen als eine Irreführung des Publikums, wenn diese in der Weise geschieht,

bei einer Gesamtbetrachtung dagegen ein völlig falsches Bild von der Sache vermittelt. So hat zum Beispiel das Reichsgericht im Verbreiten einer Druckschrift über »Minimax-Feuerlöschapparate«, in welcher 23 Explosionsfälle angeführt waren, eine unerlaubte Wettbewerbshandlung gesehen, da in Wirklichkeit — wie der Beklagte übrigens selbst wußte und auch zugeben mußte — die Möglichkeit einer Explosionsgefahr bei den »Total-Feuerlöschapparaten« nicht geringer war. Mit Recht hat das Reichsgericht diese auch wahre Behauptung als unzulässig erklärt, weil diese Explosionsliste einerseits bei der für die meisten Leser in Betracht kommenden oberflächlichen Betrachtung eine irrige Vorstellung erwecke und andererseits der Zweck dieser Veröffentlichung direkt als Warnung aufgefaßt werden müsse, indem der Durchschnittsleser sich nicht klar mache, wie gering im Verhältnis zu der großen Zahl der im Verkehr befindlichen »Minimax-Apparate« die Zahl der mitgeteilten Explosionsfälle sei, sondern vielmehr annehme, es hätten unverhältnismäßig viele Explosionen stattgefunden und es bedeute schon eine gewisse Gefahr, einen solchen Apparat im Hause zu haben.[7] Neben unrichtigen oder irreführenden Aeußerungen verbietet lit. b aber auch das Verbreiten von ausschließlich wahren Tatsachen, sofern sie »unnötig verletzend« sind. Nach der Auffassung des Bundesgerichts hat man darunter vor allem die Art und Weise, in welcher solche wahre Begebenheiten in der Oeffentlichkeit ausgestreut werden, zu verstehen; so unter anderem, »wenn längst der Vergangenheit angehörige Vorgänge immer wieder hervorgesucht oder wenn tatsächlich vorgefallene Unregelmäßigkeiten in gehässiger Weise verwertet werden«.[8]

---

daß »nicht nur die tatsächlich vorhandenen Mängel in ihrer wirklichen Tragweite klargestellt, sondern der Mitbewerber in seinem Range in der Geschäftswelt überhaupt ungerecht herabgewürdigt wird.« (BGE 21; 1189.)

[7] RGZ vom 10. 1. 1930, in MuW, Bd 30, S. 174. — Vgl. ebenfalls BGE 22; 1174 ff. — Germann, Vorarbeiten. S. 82: »Die Herabsetzung kann auch in einer Unterlassung bestehen, insbesondere im Verschweigen einer wesentlichen Tatsache.« Als Beispiel einer Irreführung durch Verschweigen einer wesentlichen Tatsache sei die Verallgemeinerung eines Zufallsresultates in einem Prüfungsattest erwähnt, wie im BGE 58, II. 24: »Auf alle Fälle geht es nicht an, daß, wenn zwei Konkurrenzprodukte mehrfachen Prüfungen unterzogen worden sind, die nicht zum selben Resultat führten, eine Partei den für sie günstigen Attest herausgreife und allein, unter Verschweigung der übrigen Resultate, für die Kundenwerbung verwende.«

[8] BGE 21; 1189; Botschaft, S. 19; Amtl. sten. Bull. St.R. 1934. S. 335; Mayer, in ZfHR, Bd. 26, S. 383: »Es handelt sich hier um die Grenzen der Rechte. Das Recht, das hier ausgeübt werden soll, kann aber nicht das allgemeine Recht der freien Meinungsäußerung sein, die um der Wahrheit willen geschieht und durch den Beweis der Wahrheit gedeckt wird. Der Mitbewerber, der den Mitbewerber beurteilt, ist nicht unbeteiligt bei der Sache. Er steht mit seiner Handlung ganz und gar auf dem Gebiete des Wettstreites der Vermögensinteressen und sein Tun

In neuerer Zeit hat sich sodann das Bundesgericht auch einige Male mit der Beurteilung von Tatbeständen befassen müssen, bei denen die Herabwürdigung der Konkurrenz in der Form von Wortspielen, ironischen oder satirischen Aeußerungen erfolgte. Als eine Anschwärzung in diesem Sinne betrachtete es beispielsweise die Verbreitung der Behauptung: »die Maggiprodukte ‚mäggelen'«[9] (BGE 56. II. 26 ff.) und das Zitat über das bekannte Putzmittel »Vim«: »Wim«mern Sie nicht wegen des zu hohen Preises, sondern »Päng«en Sie hinfort fröhlichen Herzens« (BGE 59. II. 15 ff.). Was die Stellungnahme des Bundesgerichts im ersten Fall betrifft, so kann man sich derselben ohne Bedenken anschließen, da dieses Wortspiel, welches mit dem Namen Maggi getrieben wurde, zweifellos eine Herabsetzung bedeutete und mit ihm nur der Zweck verbunden war, einen Widerwillen, ja sogar einen Ekel gegen die Maggiprodukte im Publikum hervorzurufen. Zu weitgehend finden wir dagegen seine Ansicht im zweiten Entscheid. Wenn wir zunächst auch ganz allgemein mit ihm in einer Aeußerung, welche offensichtlich darauf gerichtet ist, den Mitbewerber lächerlich zu machen, eine wider Treu und Glauben verstoßende Wettbewerbshandlung erblicken, so erscheint uns doch auf der andern Seite die Anlegung eines allzu strengen Maßstabes bei der Beurteilung von witzigen, sonst aber durchaus einwandfreien und in der Form nicht verletzend gehaltenen Behauptungen, wie dies hier der Fall ist, nicht gerechtfertigt. Ebenso darf das weitere Argument, daß dieser Ausspruch eine Aufforderung an das Publikum darstelle, »Vim« nicht mehr zu kaufen, nicht als stichhaltig angesehen werden, da dieser Sinn letzten Endes jeder Reklame zugrunde gelegt und in mehr oder weniger verschleierter Form zwischen

---

kann nur gemessen werden nach dem Rechte, welches die Geltendmachung dieser Interessen regiert. Und das ist das Recht der Mitbewerbung mit seinen verhältnismäßig engeren Grenzen. Der Mitbewerber kann deshalb haftbar sein für einen Angriff, welcher, von einem Unbeteiligten ausgegangen, im Gebiete der freien Meinungsäußerung gelegen hätte: ihn schützt der Beweis der Wahrheit nicht.«

[9] Die Vertreter der Haco sollen allerdings (was jedoch nicht genau festgestellt werden konnte) den Ausdruck »mäggelen« als »mätschelen« ausgesprochen haben, sodaß es sich gewissermaßen um eine von dem Wort Maggi abgeleitete Wortbildung zu handeln scheint und nicht um die in der deutschschweizerischen Mundart für »faulig riechen« verwendete Bezeichnung »mäggele« (BGE 56. II. 31). Das Bundesgericht hat jedoch mit Recht diesem Umstand keine Bedeutung zugemessen und erklärt, daß gerade diese klangliche Aehnlichkeit der beiden Ausdrücke, welche geeignet gewesen sei, beim kaufenden Publikum eine Begriffsverwirrung zu schaffen, geboten hätte, von der Prägung und Verwendung einer solchen Bezeichnung abzusehen, ganz abgesehen davon, daß es sich hier um eine Wortbildung handle, die an sich schon deutlich auf eine Geringschätzung und Herabwürdigung der Maggiprodukte abziele.

den Zeilen herausgelesen werden kann.[10] Von einer Subsumtion solcher Tatbestände unter lit. b wäre daher aus diesen Erwägungen Umgang zu nehmen.

Eine besondere Stellung nimmt schließlich die Kritik an der Konkurrenz ein, über deren Zulässigkeit Meinungsverschiedenheiten herrschen. Das Bundesgericht hat in konstanter Praxis die Vergleichung der eigenen Leistung mit derjenigen der Konkurrenz an sich grundsätzlich zugelassen. Nach seiner Ansicht »überschreitet nämlich eine Anpreisung, die sich im Rahmen einer objektiven Vergleichung der Eigenschaften des eigenen Produktes mit denjenigen von Erzeugnissen eines Konkurrenzunternehmens bewegt, die Grenze der erlaubten Geschäftspropaganda nicht, sofern der Vergleich auf richtigen Angaben fußt, mögen auch im übrigen die Vorzüge des eigenen Erzeugnisses in ein möglichst helles Licht gerückt sein«.[11] Dieser Auffassung kann man sich ohneweiters anschließen, da eine wahre, sachliche und in der Form korrekt gehaltene Kritik sicherlich keine Herabsetzung des Mitbewerbers oder eine Irreführung des Publikums im Sinne von lit. b darstellt. In Vertretung des Standpunktes der französischen Rechtssprechung greift nun vor allem Grimmlinger die Praxis des Bundesgerichts an und betrachtet den Tatbestand der Anschwärzung schon dann als erfüllt, wenn durch einen bloßen Vergleich, durch eine auch nur objektive und in der Form einwandfreie Ankündigung wahre Mängel des Konkurrenten aufgedeckt werden, mit der Begründung, daß einerseits der Ankündigende den Vergleich mit der Konkurrenz immer nur zu deren Nachteil anbringe, um ihre

---

[10] Auch Callmann, S. 177, führt aus, daß Behauptungen in Form des Witzes nicht kleinlich zu prüfen seien: »Die gegen Kaffee Hag gerichtete Verkehrsreklame, Kaffee ohne Coffein gleicht einem Auto ohne Benzin, wurde mit Recht nicht als unlauter bezeichnet.« — Vgl. auch die gegenteilige Meinung bei Grimmlinger, S. 49.

[11] BGE 55. II. 181; vgl. ferner BGE 22; 1164; 56. II. 30; 58. II. 25; 59. II. 21; Fick, S. 130; Lobe, S. 62; BGE 21; 1188: »Wenn zunächst ein Gewerbetreibender nur etwa behauptet, daß seine Produkte Eigenschaften besitzen, welche denjenigen des Konkurrenten abgehen, oder von Mängeln frei seien, welche letzteren anhaften, daß seine Preise billiger seien, etc., so kann darin, selbst wenn bestimmte Konkurrenten, deren Namen und Preise namhaft gemacht werden, sofern diese Behauptungen wahr sind, keine rechtswidrige Handlung erblickt werden.« — So hat das Bundesgericht in einem Urteil, wiedergegeben in ZbJV, Bd. 33, S 24, die an der ursprünglichen Roßkopf-Uhr geübte Kritik, die betreffende Uhr sei äußerlich sehr ärmlich, von unschönem Aussehen, ihr Gehäuse habe eine plumpe Form und ein zu großes Gewicht, nicht als eine tendenziöse Herabwürdigung der Konkurrenz angesehen, da die an der ursprünglichen Roßkopfuhr geübte Kritik und die Hervorhebung der durch den Konkurrenten daran vorgenommenen Verbesserungen auf Wahrheit beruhe. — Diese unverblümte Kritik muß allerdings als äußerster Grenzfall einer noch zulässigen Vergleichung betrachtet werden, da diese Reklame durch Verwendung von etwas gewählteren Ausdrücken ihre Wirkung sicher nicht eingebüßt hätte.

Kundschaft zu sich hinüberzuziehen, andererseits aber die vergleichende Reklame eine typische Form des Behinderungswettbewerbs darstelle und den Geschäftsmann nicht selten zwinge, sich in eine kostspielige Reklamefehde einzulassen.[12] Einer derart weitgehenden Einschränkung der Werbetätigkeit des Gewerbetreibenden, wie sie Grimmlinger postuliert, kann jedoch nicht beigepflichtet werden, da dies mit dem Prinzip der freien Konkurrenz unvereinbar wäre. Daß der Wettbewerber den Vergleich ausschließlich zu seinen Gunsten anstellt, ist nur natürlich und rechtlich irrelevant, denn es liegt ja im Wesen der Reklame überhaupt, die eigene Leistung auf Kosten der Wertschätzung fremder Leistungen in den Augen des Publikums wertvoller, günstiger erscheinen zu lassen. Auch kann in der Gefährdung oder Beeinträchtigung der Kundschaft durch eine reelle Kritik schon deshalb keine unerlaubte Wettbewerbshandlung erblickt werden, weil diese Wirkung ebenfalls, wenn auch nur mittelbar, der erlaubten Reklame immanent ist, welche sich ausschließlich auf die Anpreisung der guten Eigenschaften der eigenen Leistung beschränkt. Sofern der Wettbewerber sich in seinem Werbefeldzug von dem Grundsatz von Treu und Glauben leiten läßt, spielt es keine Rolle, wenn sein Konkurrent dabei einen Teil oder sogar die ganze Kundschaft einbüßt, denn die Kundschaft ist ja das erstrebenswerte Ziel des ganzen Konkurrenzkampfes, dessen Ausgang dem Gesetzgeber unter der erwähnten Voraussetzung gleichgültig ist. Ebenso kann dem weitern Argument, daß die vergleichende Reklame eine typische Form des Behinderungswettbewerbs sei, rechtlich keine Bedeutung beigemessen werden, da eine Behinderung des Mitbewerbers an sich nicht unbedingt schon ein Akt unerlaubter Konkurrenz darzustellen braucht. Selbst die Einführung eines Kampfmittels, welches ausschließlich eine Hemmung des Mitbewerbers anstrebt, ist zuzulassen, sofern in dessen Anwendung kein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt. Schließlich kann aber auch diese Ansicht, daß die Mängel des Konkurrenten deshalb zu verschweigen seien, damit dieser dadurch nicht gezwungen werde, sich in eine Reklamefehde einzulassen, nicht übernommen werden, da eine so weitgehende Rücksichtnahme sich mit dem Gedanken des Wettbewerbs, daß jeder ständig nach einer Verbesserung seiner Leistungen trachten soll, nicht in Einklang brin-

---

[12] Grimmlinger, S. 51 und S. 61 ff.; vgl. auch die französische Auffassung bei Pouillet, S. 964 und ein Entscheid des bernischen Handelsgerichts in SJZ, Bd. 23, S. 233, in welchem es in Kenntnis und entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts sich an die französische Doktrin anlehnte und die Behauptungen »billiger als die Pharmacie Principale« und »billiger als alle andern Apotheken« als unzulässig erklärte.

gen läßt und nur auf die Sicherung einer mehr oder weniger gefestigten, behaglichen Existenz hinauslaufen, nicht zuletzt aber auch dem Interesse der Allgemeinheit widersprechen würde. Wer auf den Fechtboden des gewerblichen Wettstreites tritt, muß sich eben auf Angriffe gefaßt machen und weder Mühe noch Kosten zur Behauptung seiner wirtschaftlichen Stellung scheuen. Aus diesen Gründen ist daher die Subsumtion der Kritik an der Konkurrenz unter lit. b, sofern sie nicht unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist, grundsätzlich abzulehnen.

Ein weiteres Erfordernis ist gemäß lit. b sodann, daß die anschwärzende Aeußerung gegen die Person (BGE 40. II. 347 ff.): »Die Firma Villars sei aus gewissen Gründen aus dem Verband der Schokoladenproduzenten ausgeschlossen worden«, während sie in Wahrheit kraft freier Entschließung den Austritt erklärt hatte), gegen die Erzeugnisse (BGE 40. II. 347 ff.: »Mais après un examen plus approfondi la réalité ne tarde pas à apparaître: si la quantité ne laisse rien à désirer, la qualité est par contre mauvaise«) oder gegen die Geschäftsverhältnisse (BGE 56. II. 26 ff.: »Die Pflanzungen der Maggi-Fabrik seien Schwindel, sie existierten nur in der Einbildung, sie seien nur Reklame«) des Konkurrenten gerichtet ist.[13] Ist das Ziel der herabwürdigenden Behauptung die Person des Gewerbetreibenden, so besteht außerdem die Möglichkeit, daß dem Angriff gegen die wirtschaftliche Seite der Ehre zugleich eine Verletzung der sittlichen Ehre der Person inhärent ist. Allerdings wird dies nicht immer zutreffen und für die Anrufung von lit. b ist ein Vergehen gegen die Ehre der Person im Sinne des schweizerischen Strafgesetzbuches Art. 173 ff. auch nicht notwendig, sondern es genügt schon, wenn durch eine abfällige Bemerkung die Berufsehre, die geschäftliche Tüchtigkeit des Konkurrenten, dessen Eigenschaft als Gewerbetreibender überhaupt in den Augen des Publikums in Zweifel gezogen

---

[13] Weitere Fälle von Herabsetzungen der Person, der Erzeugnisse oder der Geschäftsverhältnisse des Wettbewerbers erwähnt Chenevard, Bd. I, S. 571 ff.; Finger, S. 235 ff.; Pouillet, S. 961 und Poeschl, S. 95 ff.; Vallotton, S. 130, ist der Ansicht, daß der Gewerbetreibende am schwersten durch eine herabwürdigende Behauptung über seine Person getroffen werde: »Sous sa forme la plus grave, il s'attaque à la personne du concurrent«. — Dies trifft jedoch nicht immer zu und ist von Fall zu Fall verschieden, mit andern Worten, die Person des Gewerbetreibenden braucht durchaus nicht das empfindlichste Angriffsobjekt zu sein. So kann ein Angriff gegen die Ware, beispielsweise gegen einen gut eingeführten Markenartikel, den Gewerbetreibenden in seiner wirtschaftlichen Stellung weitaus mehr erschüttern als eine abfällige Bemerkung über ihn selbst, da besonders in einem solchen Fall das Publikum der Person des Gewerbetreibenden mehr oder weniger gleichgültig gegenübersteht und sein ganzes Interesse der bewährten Ware zuwendet.

wird.[14] Was die Aeußerungen über die Geschäftsverhältnisse betrifft, so sind darunter besonders solche Mitteilungen zu verstehen, die keine unmittelbare Beziehung zu der Person oder zu den Erzeugnissen des Mitbewerbers haben, aber trotzdem die Wettbewerbsfähigkeit in irgend einer Hinsicht gefährden oder beeinträchtigen können. Es handelt sich hier vor allem um Fälle, in welchen beispielsweise die Organisation des Unternehmens oder dort, wo von einem eigentlichen Unternehmen nicht gesprochen werden kann, die Art und Weise der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit, die finanzielle Grundlage eines Geschäfts[15] usw. eine Herabsetzung erfahren.[16]

In welches Rechtsgut greift nun die Anschwärzung ein? Während die Herbeiführung einer Verwechslung mit den Erzeugnissen oder dem Geschäftsbetrieb des Konkurrenten ausschließlich eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Kundschaft zur Folge hat, qualifiziert sich die Herabsetzung gegenüber dem Tatbestand in lit. a dadurch, daß neben der Kundschaft auch noch andere, nicht minder wichtige Rechtsgüter für den Gewerbetreibenden in Mitleidenschaft gezogen werden können. So ist die Behauptung der Vertreter einer Konkurrenzfirma, das Geschäft Singer gehe rasch zurück und könne nur noch wenige Maschinen verkaufen (BGE 21; 1182), zweifellos nicht nur geeignet, die Absatzmöglichkeit dieser Nähmaschine zu beeinträchtigen, sondern vermag mittelbar sicher auch noch kreditschädigend zu wirken, da, wenn dem Lieferanten der Firma Singer zu Ohren kommt, daß diese Maschine im Publikum als minderwertiges Produkt angesehen wird und sich keiner großen Beliebtheit mehr erfreut, dieser sehr wohl mißtrauisch werden kann und weitere Kredite, wenn auch nicht sperrt, so doch nurmehr unter weniger günstigen Bedingungen gewährt. Schließlich ist diese Aeußerung gleichfalls imstande, der Firma Singer neue, zukünftige Kreditquellen zu verstopfen. Wenn auch in diesem Fall der Angriff gegen den Kredit des Gewerbetreibenden nur indirekt, in einer etwas verblümten Form erfolgt ist, so ist eine solche Auskündung trotzdem nicht weniger gefährlich als jene, in welcher der Mitbewerber zu einem direkten Schlag gegen die Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit seines Konkurrenten ausholt und beispielsweise behauptet, daß dieser sei-

---

[14] Schuler, S. 93, erwähnt zutreffend, daß meist ein Angriff gegen die sittliche Persönlichkeit in ihrem Kern gar nicht beabsichtigt ist, »sondern ein bloßes Herabsetzen der geschäftlichen Geschicklichkeit, der technischen oder kaufmännischen Bewährung«.

[15] Botschaft, S. 20.

[16] Grimmlinger, S. 112, erblickt darin »Tatsachen und Zustände, die mittelbar den Wert der Ware oder Leistung beeinflussen«. — Vgl. besonders auch Tuchmann, S. 14 ff.

nen Verpflichtungen nur schlecht nachkomme, in Zahlungsschwierigkeiten sei, vor dem Konkurs stehe usw. Andererseits ist nicht gesagt, daß eine anschwärzende Aeußerung, welche sich ihrem ganzen Inhalt nach ausschließlich gegen den Kredit des Geschäftsmanns richtet, deswegen nur eine Verletzung dieses Rechtsguts nach sich zu ziehen braucht. Denn wie ein direkter Angriff gegen das Rechtsgut der Kundschaft durch ein dénigrement mittelbar zu einer Beeinträchtigung des selbständigen Rechtsguts des Kredits führen kann, so vermag umgekehrt eine direkte Verletzung des Kredits in gewissen Fällen mittelbar ebenfalls die Kundschaft zu beeinflussen.[17] Diese mögliche Nebenwirkung einer unmittelbaren Kreditschädigung basiert auf der ganz natürlichen Erscheinung des Wirtschaftslebens, daß ein Gewerbetreibender, welcher seinen Kredit einbüßt, in der Regel schon nach kurzer Zeit auch nicht mehr die für die Erhaltung der bisherigen Absatzmöglichkeit erforderliche Leistungsfähigkeit, besonders hinsichtlich des Preises besitzt, welcher Umstand selbstverständlich das Rechtsgut der Kundschaft nicht unberührt läßt. Damit sind aber die Folgen der Anschwärzung noch nicht erschöpft. Wird zum Beispiel in einer Auskündung die Behauptung aufgestellt, der Produzent eines bestimmten Markenartikels beute seine Arbeiter aus, weil er in Anbetracht des hohen Gewinnes, welcher an seinen Produkten zu erzielen sei, lächerlich kleine Löhne zahle, so ist diese Aeußerung auch geeignet, die Arbeiter gegen den Arbeitgeber aufzuhetzen und stellt daher eine direkte Gefährdung des Rechtsguts des Unternehmens dar. Aber nicht nur die Störung des guten Verhältnisses zwischen dem Unternehmer und den in seinem Betrieb bereits

---

[17] Grimmlinger, S. 17: »Der Kredit und die Kundschaft stehen in ununterbrochener Wechselwirkung zueinander.«

Korrodi, S. 96: Die Kreditschädigung erfolgt doch nur in der Absicht, den Wettbewerber überhaupt am erfolgreichen Eingreifen in den Konkurrenzkampf zu verhindern. Der Kampf um die Kundschaft ist lediglich in ein früheres Stadium verlegt.«

Schuler verkennt daher die Wirkung der Anschwärzung, wenn er auf Seite 91 sagt, daß die Herabsetzung die Frage nach der Kreditwürdigung aus dem Spiel lasse und ihr nur ein Angriff auf den Absatz wesentlich sei, beides aber durchaus nicht zusammenfalle. Wohl ist richtig, daß ein Angriff auf die Kundschaft nicht unbedingt, in jedem Fall auch den Kredit beeinträchtigen muß und umgekehrt. Auf der andern Seite schließt aber die Absicht des Gewerbetreibenden allein, durch eine anschwärzende Aeußerung seinen Konkurrenten ausschließlich die Kundschaft abspenstig zu machen, die Möglichkeit nicht aus, daß er diesem zugleich den Kredit untergräbt. Für die Beurteilung der Folgen einer Anschwärzung ist daher die Absicht des Gewerbetreibenden rechtlich irrelevant, da der Richter nicht in den Schuldigen hineinsehen kann und in einem solchen Fall vielmehr annehmen darf, daß es dem unreellen Konkurrenten nur recht ist, wenn er durch eine herabwürdigende Behauptung gleichzeitig zwei Voraussetzungen für die Wettbewerbsfähigkeit trifft.

tätigen Arbeitern ist denkbar, sondern die Anschwärzung kann auch dahin zielen, dem Unternehmer die Einstellung weiterer Arbeiter zu erschweren.[18] Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn ein Unternehmer von der Absicht seines Konkurrenten, eine Betriebsvergrößerung zur Steigerung seiner Wettbewerbsfähigkeit vorzunehmen, Kenntnis hat und nun in der übrigen Arbeiterschaft gegen letzteren Stimmung macht. Sofern derartige Machenschaften sich nicht unter den eigenen Arbeitern auswirken, kann natürlich von einer Beeinträchtigung des Unternehmens, der bestehenden Organisation desselben und des geregelten Funktionierens und Ineinandergreifens aller Teile nicht mehr gesprochen werden, sondern hier liegt ausschließlich eine Verletzung des Rechtsguts der gewerblichen Tätigkeit, ein Verstoß gegen das Recht auf ungehemmte Berufsbetätigung vor. Ebenso wird man aber auch in jenen Fällen, in welchen es sich um kleinere und kleinste Verhältnisse handelt und somit ein Unternehmen, eine großangelegte Organisation der Produktion im eigentlichen Sinne nicht besteht, im Verbreiten einer unwahren Behauptung, welche beispielsweise eine Verstopfung der Bezugsquellen verursacht, stets eine Störung der gewerblichen Tätigkeit erblicken müssen.

III. Die Geheimnisverletzung.

Mit dem Bestreben, das Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis des Gewerbetreibenden vor widerrechtlichen Angriffen der Konkurrenz zu schützen, ist der Entwurf wohl an eine der wichtigsten Fragen des Wettbewerbsrechts herangetreten. Die hohe Bedeutung, welche dem Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben seit jeher zugekommen ist, liegt vor allem darin begründet, daß einerseits das Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis für den Wettbewerber oft gerade dasjenige Mittel darstellt, welches seiner eigenen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber der fremden den entscheidenden Vorsprung verschafft und andererseits vielfach der Bestand eines Geschäftsbetriebs überhaupt von der Geheimhaltung desselben abhängig ist. Diese große wirtschaftliche Tragweite des Geheimnisses für den Geschäftsmann läßt denn auch solche unerlaubte Wettbewerbshandlungen, welche darauf gerichtet sind, den Schleier von dem bisher Unbekannten wegzuziehen, als besonders gefährlich erscheinen, da dadurch dem Konkurrenten zweifellos der Schlüssel zu der erfolgreichen Absatztätigkeit des Geheimnisträgers in die Hände fallen muß.

---

[18] Vgl. Lobe, S. 264; Germann, Vorarbeiten, S. 84; Kohler, S. 236.

Obschon der Gesetzgeber schon früher[1] einen Schutz des Geheimnisses in Aussicht stellte, hat er es stets vermieden, dessen Begriff näher zu umschreiben. So enthält heute auch der Entwurf in lit. c wiederum keine Definition des Geheimnisses, sondern überläßt vielmehr die Entscheidung, ob im gegebenen Fall ein solches vorliegt oder nicht, der freien Würdigung des Richters. Umso eifriger hat sich dagegen das Schrifttum bemüht, eine allgemeine Begriffsbestimmung herauszuarbeiten. Von den zahlreichen Versuchen sei hier besonders die sehr umfassende Definition von Rosenthal[2] hervorgehoben, welcher in einem Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis im Sinne des Wettbewerbsgesetzes Tatsachen und Vorgänge sieht, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen[3], nicht offenkundig sind[4] und nach dem berechtigten gewerblichen Interesse und Willen des Betriebsinhabers geheimgehalten werden sollen.[5] Die Umschreibung von Rosenthal verdient volle Anerkennung, da sie alle jene Voraus-

---

[1] Kohler, S. 248, weist nach, daß die sächsischen Gesetzgeber schon im Jahre 1721 Bestimmungen zum Schutze des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses in der Klöppelspitzenindustrie aufgestellt hatten.

[2] Rosenthal, S. 417; vgl. ferner Callmann, S. 529; Finger, S. 371; Hafter, S. 390; besonders aber Gericke, S. 52 ff.; Oppenhoff, S. 4 ff.; Prein, S. 3 ff. und Thiele, S. 1 ff., welche sich mit dem Begriff des Geheimnisses noch eingehender befassen. — Hingegen erscheint uns die Definition von Neuberg, S. 50, »geheim ist, was nicht allgemein bekannt ist«, doch etwas allzu lakonisch.

[3] Da die geheime Tatsache im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb stehen und der Gewerbetreibende überdies an der Geheimhaltung der Tatsache oder des Vorgangs ein gewerbliches Interesse haben muß, scheiden somit nach Rosenthal, S. 418, solche Tatsachen aus dem Rahmen der Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse aus, an deren Geheimhaltung der Geschäftsinhaber »nur ein privates Interesse« hat. Andererseits führt Rosenthal mit Recht aus, daß es nicht erforderlich sei, daß die Tatsache eine Besonderheit des Betriebs darstelle, sondern auch »ein vereinzeltes Geschäftsvorkommnis«, zum Beispiel die Vorverhandlung zu einem Geschäftsabschluß, geeignet sei, ein Geheimnis zu sein, wenn es sich aus der Sachlage ergebe, daß der Geschäftsinhaber ein gewerbliches Interesse an der Geheimhaltung habe.

[4] Rosenthal, S. 419: »Offenkundig ist eine Tatsache, die der Kenntnis einer unbegrenzten Anzahl von Personen zugänglich oder der zufälligen Kenntnisnahme durch beliebige Dritte ausgesetzt ist. Die Kenntnis mehrerer Personen, ja selbst einer großen Anzahl, hebt den Begriff des Geheimnisses nicht auf, sofern die Personen, zum Beispiel die Angestellten, innerhalb des am Geheimnis beteiligten Kreises stehen. ... Auch in anderen Geschäften bekannte Tatsachen sind nicht ohne weiteres offenkundig: es kommt darauf an, ob für diejenige Personengruppe Offenkundigkeit besteht, vor welcher der Geschäftsinhaber die Tatsache geheimhalten will (Abnehmer, Mitbewerber, Arbeitnehmer). ... Nur wenn auf normalem Wege eine sichere und dauernde Kenntnis der Tatsache zu erlangen ist, kann Offenkundigkeit angenommen werden.«

[5] Rosenthal, S. 420: »Eine nach außen hin wirkende Erkennbarkeit des Geheimhaltungswillens muß vorhanden sein, das heißt, der Täter muß an der Art, wie die geheimen Tatsachen im Geschäftsbetrieb behandelt wurden, jenen Willen zu erkennen in der Lage gewesen sein.« — Vgl. ferner Oppenhoff, S. 6 ff., welcher die Definition Rosenthals sehr ausführlich analysiert.

setzungen überaus scharf umreißt, welche gleichzeitig zusammenwirken müssen, damit von einem Geheimnis gesprochen werden darf. Wenn auch die übrigen Begriffsumgrenzungen im Schrifttum keine grundsätzlichen Abweichungen gegenüber der Definition Rosenthals enthalten, so sind sie doch nicht so plastisch und geschlossen wie diese. Eine einzige Ausnahme hinsichtlich der notwendigen Erfordernisse macht Schuler[6], welcher den Neuheitsbegriff der Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz in analoger Weise auch auf das Geheimnis ausdehnt, das heißt eine absolute Neuheit desselben für begriffsnotwendig erachtet. Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Sie widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, daß auch solche Tatsachen, denen Eigenschaften, wie sie beispielsweise für die Anmeldung eines Patentes erforderlich sind, abgehen, geschützt werden sollen, wenn an deren Geheimhaltung der Gewerbetreibende ein berechtigtes geschäftliches Interesse hat. Auch könnte bei der Anlegung eines so strengen Maßstabes, wodurch das Geheimnis praktisch dem Patent gleichgestellt wird, ein solches nur in den seltensten Fällen dem Begriff Schulers genügen. Damit wäre aber gerade das, was unsere Geschäftsleute heute tatsächlich als Geheimnis ansehen und auch ansehen dürfen, Angriffen schutzlos preisgegeben. Es darf daher ohne Bedenken so weit gegangen werden, daß man auch dann eine Gefährdung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses annimmt, wenn der betreffende Konkurrent, welcher das auch nur relativ neue Geheimnis auszuspionieren versucht, nur noch das letzte Glied in der Kette der Mitbewerber darstellt und von dieser Tatsache noch keine Kenntnis hat.

Was die Unterscheidung in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse betrifft, so ist diese rechtlich irrelevant, da der Entwurf in lit. c beide Arten gleichmäßig schützt. In der Regel wird man unter einem Fabrikationsgeheimnis mehr solche Vorgänge zu verstehen haben, die sich auf die technische Gestaltung der Produktion, auf die Besonderheit eines Verfahrens beziehen, während das Geschäftsgeheimnis eher kommerzielle Eigentümlichkeiten des Geschäfts, wie zum Beispiel Kundenlisten, Bezugsquellen, Preisgestaltung, Kundenwerbung usw. zum Gegenstand hat. Besser wäre es, wenn der Entwurf von diesem Doppelausdruck überhaupt Abstand genommen und die von Korrodi[7] erwähnte Formulierung »gewerbliche Geheimnisse« gewählt

[6] Schuler, S. 189; gegen ihn das gesamte Schrifttum, insbesondere Korrodi, S. 108/109 und Preu, S. 5, welche eine auch nur relative Neuheit als genügend betrachten.

[7] Korrodi, S. 112. — An gleicher Stelle erwähnt Korrodi zutreffend: »Was nicht Gegenstand des Fabrikationsgeheimnisses bildet und doch unter den Geheimschutz fällt, gilt als Geschäftsgeheimnis«.

hätte, wodurch dem Richter eine oft nicht leichte und doch überflüssige Unterscheidung erspart bleiben würde.

Wann kann nun von einer Gefährdung oder Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses im Sinne des Entwurfs gesprochen werden? Die Antwort auf diese Frage erteilt uns lit. c, nach welcher der Tatbestand der Geheimnisverletzung dann als gegeben zu betrachten ist, wenn die Wettbewerbshandlung des Gewerbetreibenden sich

»die Verleitung von Dienstpflichtigen, Beauftragten oder Hilfspersonen eines andern zum Verrat von Fabrikations- oder Ge-
Treu und Glauben erlangter Kenntnis«

von solchen Geheimnissen zum Ziel setzt. Vergleichen wir diese Umschreibung mit der Regelung der Geheimnisverletzung in den §§ 17 ff. des deutschen Wettbewerbsgesetzes, so fällt uns auf den ersten Blick ein bedeutender inhaltlicher Unterschied auf. Während das deutsche Gesetz die Geheimnisverletzung ganz allgemein behandelt und auch den Treubruch des Angestellten gegenüber seinem Arbeitgeber, den eigentlichen Geheimnisverrat, in diesen Tatbestand miteinbezieht, richtet der Entwurf auch hier seine Spitze konsequent nur gegen den Mitbewerber und beschränkt sich in lit. c bewußt auf zwei Sondertatbestände, das heißt auf die Verleitung eines Arbeitnehmers eines Gewerbetreibenden zum Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen und auf die Verwertung solcher Geheimnisse zur Beeinflussung des Wettbewerbs, deren Kenntnis widerrechtlich oder gegen Treu und Glauben erlangt worden ist. Dieser Lösung im Entwurf, nach welcher also gemäß lit. c die Geheimnisverletzung nur unter dem Gesichtspunkt des unerlaubten Wettbewerbs verfolgbar ist, kann ihre Richtigkeit und Zweckmäßigkeit nicht abgesprochen werden und das deutsche Wettbewerbsgesetz geht entschieden zu weit, wenn es eine spezifische Aufgabe des Strafgesetzbuches übernimmt, denn die eigentliche Verratshandlung des Angestellten stellt grundsätzlich keine Wettbewerbshandlung dar, weil dieser ja nicht als Konkurrent handelt.[8] Freilich ist damit nicht gesagt, daß nun ein Angestellter überhaupt nie Mitbewerber sein kann und eine zivilrechtliche Verfolgung desselben auf Grund von lit. c daher ausgeschlossen ist. Solche Fälle sind, wenn auch selten, durchaus möglich. So, wenn zum Beispiel ein Buchhalter eines großen Unternehmens das ihm nicht bekannte Fabrikationsgeheimnis dem Werkmeister unter irgendeinem Vorwand entlockt, um mit Hilfe eines be-

[8] Vgl. Germann, Vorarbeiten, S. 86 und: »Zur Frage der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs«, Vorlage des Vorortes des Schweiz. Handels- und Industrievereins, Juli 1901, S. 20.

zahlten Strohmannes während der Dauer des Dienstverhältnisses seinem Arbeitgeber Konkurrenz zu machen. Hier kann dieser Buchhalter selbstverständlich mit lit. c erfaßt werden, da ihm in einem solchen Fall gleichzeitig die Eigenschaft eines Mitbewerbers zukommt. Daraus folgt, daß ein Angestelltenverhältnis, aber auch ein Abnehmerverhältnis, die Anwendung der lit. c nicht ausschließt, wenn sich der Angestellte oder der Kunde des Geheimnisträgers daneben auch als Mitbewerber betätigt. Der Entwurf schenkt diesem ersteren Umstand nicht die geringste Beachtung und beurteilt solche Handlungen ausschließlich unter dem Gesichtswinkel des unerlaubten Wettbewerbs.

Was nun den ersten Sondertatbestand, die Verleitung eines Arbeitnehmers zum Verrat von Gewerbegeheimnissen durch die Konkurrenz anbelangt, so ist derselbe nach der Botschaft erfüllt, wenn der Verleitete den Verrat tatsächlich begangen hat.[9] Allerdings — und darin liegt gerade die bedeutende Erweiterung des Rechtsschutzes gegenüber der bisherigen Praxis des Bundesgerichts[10] — setzt ein Verstoß gegen lit. c nicht notwendig voraus, daß der Angriff des Konkurrenten von Erfolg begleitet, daß die Verratshandlung also bereits abgeschlossen ist, sondern die Botschaft (S. 35) räumt dem Gewerbetreibenden auch dann ein Klagerecht gemäß lit. c. ein, wenn derartige Machenschaften infolge der Treue des Angestellten mißglückt sind und es lediglich bei einem Versuch zur Verleitung bleibt. Diese letztere Bestimmung läßt sich wohl am besten mit der Maßnahme in lit. a vergleichen. Genau wie dort schon das Bestehen einer Verwechslungsgefahr — und nicht erst eine tatsächlich vorgekommene Verwechslung — zur Auslösung des Rechtsschutzes genügt, genau so ist der Gewerbetreibende auch hier schon gegen einen Versuch, gegen eine erfolglose Verleitung zum Geheimnisverrat geschützt. Ein so weitgehender Rechtsschutz ist durchaus gerechtfertigt, denn besonders dann, wenn der unreelle Konkurrent das erste Mal abgeblitzt ist, besteht dauernd eine unmittelbare Gefahr eines bevorstehenden Ge-

---

[9] Botschaft, S. 35; Callmann, S. 550: »Jemand zu verleiten suchen heißt, seinen Willen, zu handeln, hervorrufen. Die Form des Verleitens ist unerheblich; es kann schriftlich, mündlich oder durch eine Mittelsperson geschehen. Irgendwelche besondere Mittel, wie Versprechungen, Angebote, Ueberredungen oder Drohungen, brauchen nicht angewandt zu werden. Eine Frage genügt, wenn der Fragende sich bewußt war, daß ihre Beantwortung die unzulässige Mitteilung enthalten würde.« Vgl. ferner Gericke, S. 77 ff.

[10] BGE, 23. II. 205 ff.: »Was insbesondere die Behauptung anbetrifft, der Angestellte X sei zum Verrat eines Geheimpräparates verleitet worden, so kann auf das daherige Beweisanerbieten der Kläger schon aus dem Grund nicht eingetreten werden, weil nach ihrer eigenen Darstellung ein solcher Verrat nicht zur Ausführung gekommen ist, der bloße Versuch aber für sich allein zur Begründung eines zivilrechtlichen Anspruchs nicht hinreichen würde.«

heimnisverrats, da dieser, wenn er wegen seines fehlgeschlagenen Unternehmens keine Rechtsfolgen zu gewärtigen hätte, sicher von seinem Vorhaben nicht ablassen und dasselbe nur bei nächster Gelegenheit mit vielleicht wirksameren Mitteln bei einem anderen Angestellten wiederholen würde, welcher dann einem solchen Angriff zum Opfer fallen könnte.

Trotz diesem intensiveren Rechtsschutz weist aber der Entwurf immer noch zwei recht spürbare Lücken auf, die de lege ferenda durch eine entsprechende Erweiterung der lit. c unbedingt ausgefüllt werden sollten. Ein erster Mangel ist vor allem darin zu erblicken, daß lit. c nur beim Bestehen einer unmittelbaren Gefahr des Verrats eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses durch eine mißglückte Verleitung eines Angestellten Platz greift und bei einer indirekten Gefährdung eines solchen überhaupt nicht reagiert. So braucht beispielsweise ein Konkurrent einen Angriff gegen ein gewerbliches Geheimnis nicht direkt auszuführen, um in dessen Besitz zu gelangen, sondern er kann dieses Ziel sehr wohl auch dadurch erreichen, daß er einen Angestellten des Mitbewerbers, welcher davon Kenntnis hat, zum Uebertritt in sein Geschäft veranlaßt und dann erst dort mit seinen Verführungskünsten beginnt.[11] Da die Botschaft in Uebereinstimmung mit der Praxis des Bundesgerichts das bloße Wegengagieren eines Angestellten durch das Angebot eines höheren Lohnes nicht als eine gegen Treu und Glauben verstoßende Handlung betrachtet und nur im Abspenstigmachen von Angestellten durch Zwang, Drohung, ungerechtfertigte Herabwürdigung des bisherigen Dienstherrn usw. eine unerlaubte Wettbewerbshandlung sieht[12], bleibt dem betreffenden Geschäftsmann, wenn die Kündigung ordnungsgemäß erfolgt ist, nichts anderes übrig, als seinen Angestellten nach Ablauf der Kündigungszeit gehen zu lassen. Bei ganz allgemeiner Betrachtung kann gegen diesen Grundsatz des Bundesgerichts sicher nichts eingewendet werden, denn an sich hat der Gewerbetreibende selbstverständlich das Recht, sich tüchtige Arbeitskräfte auf loyale Art zuzuführen. In einem ganz anderen Licht erscheint jedoch auch die im Sinne des Bundesgerichts »in erlaubtem Rahmen« erfolgte Anwerbung eines Arbeiters, wenn, wie in dem hier erwähnten Fall, es

---

[11] Vgl. auch BGE 23. II. 205 ff. und ein Urteil des Landgerichts I, Berlin, vom 11. 3. 1901, zitiert bei Poeschl, S. 127; ferner ein ähnlicher Fall in DJZ, Bd. 5, S. 323, in welchem eine Spiritus-Glühlicht-Gesellschaft gegen einen Konkurrenten Klage erhoben hatte, weil derselbe einen früheren Angestellten engagiert und beauftragt hatte, das Modell einer sogenannten Schwert-Lampe, welches die Klägerin arbeiten ließ, herzustellen.

[12] Botschaft, S. 16; BGE 23. II. 205 ff

einem Konkurrenten nicht so sehr um dessen Tüchtigkeit geht, als um durch ihn hinter das Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis des Mitbewerbers zu kommen[13]. In solchen Fällen ist es infolge der großen wirtschaftlichen Tragweite des Geheimnisses für den Geschäftsmann nur gerechtfertigt, daß man ihn auch gegen ein an sich »korrektes« Wegengagieren von Angestellten schützt, wenn aus den besonderen Begleitumständen deutlich hervorgeht, daß es der Konkurrent lediglich auf das Geheimnis des Mitbewerbers abgesehen hat. Die Geheimnisverletzung ist hier schließlich nur in ein früheres Stadium verlegt und es ist nicht einzusehen, warum man solche Machenschaften, welche offensichtlich eine indirekte Gefährdung des Geheimnisses darstellen, nicht schon möglichst frühzeitig verfolgt und damit gleich in ihrem Keim erstickt. Auch würde durch eine Erweiterung der lit. c in diesem Sinne das ehrliche Bestreben aller Wettbewerber, zur Steigerung der Leistungsfähigkeit qualifizierte Arbeitskräfte an sich zu ziehen, nicht behindert und doch dem berechtigten Interesse des Gewerbetreibenden weitgehend Rechnung getragen, daß ihm nicht Angestellte, welche zufrieden und ruhig in seinem Betrieb arbeiten, in dieser Absicht durch übertriebene Lohnversprechungen abspenstig gemacht werden.

Eine weitere Lücke im Rechtsschutz besteht ferner dadurch, daß die Botschaft (S. 20) die zivilrechtliche Verfolgung der Verleitung eines früheren Angestellten zum Verrat von Gewerbegeheimnissen grundsätzlich ablehnt. Diese schmale Anwendungsmöglichkeit der lit. c ist schon deshalb umso unverständlicher, weil der Entwurf mit der Beschränkung des Verbots der Verleitung zum Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen auf die Dauer des Anstellungsverhältnisses dem Gewerbetreibenden gerade in den vorstehend erwähnten Sonderfällen des Wegengagierens von Angestellten nach erfolgtem Uebertritt den notwendigen Rechtsschutz auch bei einer nun direkt einsetzenden Verleitung zum Geheimnisverrat entzieht. Der unreelle Konkurrent kann dadurch »seinen« Angestellten, ohne irgendwelche Rechtsfolgen befürchten zu müssen, über alle ihn inter-

---

[13] Diese Absicht darf zum Beispiel dem Beklagten in BGE 23. II. 205 ff. ohne Bedenken zugeschrieben werden, da sich der Umstand, daß der Beklagte einerseits einem Angestellten des Klägers gegenüber die Bemerkung machte, er sei bereit, allen Forderungen, die an ihn gestellt würden, zu entsprechen und andererseits einem weiteren Angestellten einen Vorschuß zur Bezahlung seiner Schulden am Wohnort anbot, wohl nicht gut anders erklären läßt, als daß nicht die Tüchtigkeit den ausschlaggebenden Grund für eine so weitgehende, unter der Würde eines Geschäftsherrn liegende Verpflichtung darstellte, sondern daß der Beklagte in erster Linie das Geheimnis des Klägers um jeden Preis erfahren wollte. Vgl. ferner Korrodi, S. 124 und HE, Bd. 17, S. 78.

essierenden Tatsachen und Vorgänge am früheren Arbeitsort ausfragen, da dieser ja nicht mehr Dienstpflichtiger »eines andern« ist. Auf alle Fälle kann aber auch dem in der Botschaft zur Begründung dieser Einschränkung angeführten Argument, daß es dem Dienstpflichtigen nicht verwehrt sein solle, nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst die während seiner Tätigkeit erlangten Kenntnisse und Fähigkeiten zu verwerten[14], in seiner Allgemeinheit nicht zugestimmt werden, da durch diese kategorische Beschränkung der Pflicht zur Geheimhaltung eines Geheimnisses auf die Dauer des Dienstverhältnisses die Interessen eines Gewerbetreibenden unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Sofern es sich lediglich um Kenntnisse von untergeordneter Bedeutung handelt, welche der Angestellte normalerweise in jedem andern Geschäftsbetrieb zufolge seiner Tätigkeit erlangen würde, darf zweifellos ein solches Recht zur Verwertung nicht aberkannt werden und ebenso ist es einem Dienstherrn nicht zu verargen, wenn er sich derartige Erfahrungen und Fähigkeiten seines neuen Angestellten zunutze macht. Niemals wird man sich aber mit der Botschaft und damit auch mit der Auffassung des Bundesgerichts einverstanden erklären können, wenn der Angestellte nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst von diesem Recht zur Verwertung erlangter Kenntnisse und Fähigkeiten in der Weise Gebrauch macht, daß er auf Wunsch seines neuen Arbeitgebers, diesem ein ihm am früheren Arbeitsort anvertrautes Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis mitteilt, von dessen Geheimhaltung die Prosperität oder gar der Bestand des ganzen Unternehmens abhängig ist. Denn es steht außer Frage, daß der Angestellte durch seinen früheren Arbeitgeber nie in das Geheimnis eingeweiht worden wäre, ja überhaupt auf eine Anstellung gar nicht hätte rechnen können, wenn letzterer die Anerkennung der Geheimhaltungspflicht durch den Angestellten auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses nicht als selbstverständlich vorausgesetzt hätte. In solchen Fällen darf daher ohne Bedenken mit Herzog eine zeitlich unbegrenzte Pflicht zur Geheimhaltung des Geheimnisses angenommen werden, da sich der frühere Arbeitgeber hier auch auf eine nicht ausdrücklich erwähnte »Geheimhaltungsklausel« stützen kann, welche »mit Rücksicht auf die ganz ungewöhn-

---

[14] Botschaft, S. 20; gleicher Auffassung ist das Bundesgericht, wenn es in BGE 25. II. 521 ff. ausführt: »La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre qu'un employé qui quitte une maison de commerce peut mettre à profit, dans son intérêt personnel, toutes les connaissances qu'il y a acquises, y comprise celle de la clientèle et des procédés de vente et de fabrication.« Vgl. ferner Callmann, S. 533; Fick, S. 129; Finger, S. 385; Oppenhoff, S. 66 ff.; Schuler, S. 190/191; Simon, S. 34; besonders aber Coper, S. 356 ff. und SJZ, Bd. 2, S. 292.

lichen Verhältnisse auch stillschweigend zum Inhalt des Dienstvertrags geworden ist«.[15] Eine unbegrenzte Ausdehnung der Geheimhaltungspflicht in diesem Sinne bedeutet keine Schmälerung des Rechts des Angestellten, seine Kenntnisse und Fähigkeiten nach seinem Austritt aus dem Geschäft zu verwerten, da in diesem Recht sicher nicht die Befugnis enthalten sein kann, solche Geheimnisse zu verraten, welche nach dem berechtigten Interesse und Willen des Gewerbetreibenden auch nach Ablauf des Dienstverhältnisses geheim gehalten werden sollen. Wenn auch die Botschaft (S. 20) geltend macht, daß ja gerade in diesen Fällen, in welchen der Dienstpflichtige Einblick in ein Geschäftsgeheimnis erhalte, gemäß Art. 356 ff. OR die Verabredung eines Konkurrenzverbots möglich sei, so muß dem entgegengehalten werden, daß diese Bestimmungen eben nur einen ganz begrenzten Schutz in dieser Richtung gewährleisten. Denn einerseits gehört die Aufnahme eines Konkurrenzverbots in den Dienstvertrag zu den Ausnahmefällen und andererseits, wie auch der nationalrätliche Berichterstatter Gafner[16] bei der Besprechung der lit. c zutreffend bemerkt hat, besteht selbst im günstigsten Fall, wo ein Konkurrenzverbot den Dienstpflichtigen während einer gewissen Zeit bindet, kein genügender Schutz, weil die stipulierte Konventionalstrafe meist im Verhältnis zum Wert der verratenen Geheimnisse einen unverhältnismäßig kleinen Betrag darstellt, durch dessen Entrichtung der Angestellte übrigens gemäß Art. 359/2 OR in der Regel von seinem Versprechen befreit wird. Außerdem richtet sich das Konkurrenzverbot nur gegen den früheren Angestellten, wodurch der eigentliche Urheber des Geheimnisverrats, der Mitbewerber, der größere Nutznießer solcher Machenschaften zu Unrecht von allfälligen Rechtsfolgen verschont bleibt. Die Notwendigkeit einer entsprechenden Erweiterung der lit. c, welche dem Richter die Möglichkeit verschafft, mit Rücksicht auf gewisse Umstände das Verbot der Verleitung zum Verrat auch auf den früheren Angestellten zu erstrecken, ist daher nicht von der Hand zu weisen.

Unter den zweiten Sondertatbestand der lit. c sind sodann alle jene Fälle zu subsumieren, in welchen der Mitbewerber ein Fabrikations-

---

[15] Herzog, S. 157 ff. — Allerdings geht Herzog zu weit, wenn er die unbegrenzte Geheimhaltungspflicht grundsätzlich auch auf Kenntnisse untergeordneter Bedeutung, auf »nebensächliche Geheimnisse« ausdehnt, was auch Coper, S. 356 ff., mit Recht kritisiert. — Vgl. ferner Hafter, S. 392; Kohler, S. 264; Rosenthal, S. 422; Thiele, S. 42 und Chenevard, Bd. I, S. 682: »Quoique le secret tombe fatalement, tôt ou tard, dans le domaine public, on peut cependant dire que sa protection est illimitée; elle dure aussi longtemps que dure l'intérêt de son propriétaire à le tenir caché.«

[16] Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 319.

oder Geschäftsgeheimnis verwertet[17], dessen Kenntnis[18] er widerrechtlich oder gegen Treu und Glauben erlangt hat. An erster Stelle steht hier vor allem die Verwertung von Geheimnissen, deren Kenntnis auf die Verleitung eines Angestellten der Konkurrenz zum Verrat zurückzuführen ist, stellt doch die Ausbeutung lediglich die natürliche Folge einer geglückten Verleitung dar. Daneben gehört hierher auch die Verwertung von Gewerbegeheimnissen, deren Kenntnis sich der Geschäftsmann selbst, ohne fremde Hilfe, durch eine gegen Treu und Glauben verstoßende Handlung verschafft hat. So, wenn sich beispielsweise ein Mitbewerber unter Angabe eines falschen Namens und eines falschen Berufs in eine Konkurrenzfabrik einschleicht und dort auf einem Rundgang durch den Betrieb ein bestimmtes Produktionsverfahren ausspioniert[19] oder, wenn ein Kaufmann sich Kundenlisten, Fabrikationsgeheimnisse, Lieferungslisten usw. verschafft, indem er das bezügliche Material aus der versehentlich liegengelassenen Mappe eines Konkurrenten nimmt und abschreibt[20]. Schließlich erfüllt diesen Sondertatbestand unter gewissen Umständen aber auch ein sich selbständig machender Angestellter, welcher ein ihm am früheren Arbeitsort anvertrautes Gewerbegeheimnis in seinem neu gegründeten Geschäftsbetrieb verwertet. Denn wenn wir es einem in ein Konkurrenzgeschäft übertretenden Arbeitnehmer nicht gestatten, seinem neuen Dienstherrn Geheimnisse mitzuteilen, von deren Geheimhaltung die Existenz eines Geschäftsbetriebs abhängt, so ist es nur folgerichtig, daß wir einem Angestellten auch ein Recht zur Verwertung von solchen Geheimnissen zu eigenem Nutzen verweigern. Auch hier sollte es daher de lege ferenda in das freie Ermessen des Richters gestellt sein, unter Berücksichtigung besonderer Umstände ebenso die Verwertung rechtmäßig erlangter Kenntnis von Gewerbegeheimnissen als unzulässig zu erklären, da es sicher gegen Treu und Glauben verstößt, wenn ein ehemaliger Angestellter seinen früheren Geschäftsherrn in dem sich nun entspinnenden Konkurrenzkampf ausgerechnet mit seinen eigenen und bisher nur von ihm verwendeten Waffen bekämpft.

Was sodann das durch eine Geheimnisverletzung gefährdete oder

---

[17] Callmann, S. 540: »‚Verwerten' ist im üblichen Sinne des Sprachgebrauchs zu verstehen.«
Rosenthal, S. 427: »‚Verwerten' ist jegliche Benutzung des Geheimnisses, auch die teilweise Benutzung.«

[18] Rosenthal, S. 424: »‚Kenntnis' bedeutet nicht das vorübergehende, sondern das zuverlässige und bleibende Wissen, also den — die Möglichkeit einer Verwertung des Geheimnisses schaffenden — Zustand des Kennens.«

[19] MuW, Bd. 12, S. 100.

[20] Schöpfer, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 335.

beeinträchtige Rechtsgut anbelangt, so wirkt sich diese zur Hauptsache auf die Kundschaft des Gewerbetreibenden aus. Dies, weil das Gewerbegeheimnis ausnahmslos den Schlüssel zu der erfolgreichen Absatztätigkeit eines Wettbewerbers darstellt. Gelingt es nämlich dem Konkurrenten, in den Besitz dieses Schlüssels zu gelangen, so bieten sich ihm in der Regel nicht nur die gleichen Chancen für den Absatz seiner Leistungen wie dem Geheimnisträger, sondern sehr oft wird er dadurch außerdem in die Lage versetzt, unter noch weit günstigeren Bedingungen an die Kundschaft des letzteren heranzutreten. So kann beispielsweise ein Konkurrent, welcher ein Verfahren widerrechtlich verwertet, das von einem andern Gewerbetreibenden nach jahrelangen Studien und kostspieligen Versuchen (BGE 23. II. 205 ff.) herausgefunden wurde, seine Bedingungen für den Absatz des Produktes zweifellos viel vorteilhafter gestalten, da er die mit diesem Verfahren verbundenen Kosten in der Preiskalkulation nicht berücksichtigen muß. Aber selbst in jenen Fällen, in welchen der Angriff gegen das Geheimnis indirekt, durch Abspenstigmachen von Angestellten erfolgt und somit eine Verletzung des Rechtsguts des Unternehmens oder dort, wo ein solches im eigentlichen Sinne nicht besteht, eine Störung der gewerblichen Tätigkeit vorliegt, kann eine gleichzeitig bestehende Gefährdung der Kundschaft nicht geleugnet werden.

IV. Die Angestelltenbestechung.

Diese in Art. 2, lit. d des Entwurfs angeführte Erscheinungsform des unerlaubten Wettbewerbs, für welche der Kaufmann auch den Ausdruck »Schmieren« von Angestellten geprägt hat, stellt wohl eine der verbreitetsten Geschäftsunsitten im gewerblichen Wettkampf dar. Wie tief dieser Handelsmißbrauch im Geschäftsleben schon Wurzel gefaßt hat, geht besonders eindrücklich aus den Betrachtungen Hirzels über das Schmiergelderunwesen hervor, in welchen er unter anderem auch darauf hinweist, daß in manchem Unternehmen Schmiergelder geradezu regelmäßige Geschäftsunkosten bilden.[1] Die

[1] Hirzel, S. 11 ff.; vgl. ferner Chenevard, Bd. I, S. 735 ff., welcher nicht mit Unrecht einen Teil der Schuld an der ungeheuren Verbreitung der Angestelltenbestechung den Geschäftsherren der geschmierten Angestellten selbst zuschreibt. So besonders auf S. 736: »Malheureusement, cette pratique s'opère fréquemment au vu et au su des patrons qui la tolèrent; nous connaissons même, dans une capitale européenne, une grande maison de détail dans laquelle un chef de rayon, ayant demandé une augmentation d'appointements, s'est entendu répondre qu'il devait être bien maladroit pour n'avoir pas su se créer sa position lui-même.«

Gefährlichkeit der Angestelltenbestechung für den loyalen Gewerbetreibenden besteht vor allem darin, daß mit der heimlichen Anwendung dieses völlig wettbewerbsfremden Kampfmittels durch einen Konkurrenten nicht nur dessen Kundschaft abspenstig gemacht, sondern ihm darüber hinaus häufig noch die Teilnahme an einem künftigen Wettbewerb verunmöglicht wird. Denn es liegt auf der Hand, daß ein Mitbewerber, dem sein Gewissen die Einführung derartiger Geschäftspraktiken verbietet, auch bei noch so vorteilhaftem Angebot keine Absatzchancen mehr hat gegenüber einem Konkurrenten, welcher hinter seinem Rücken im entscheidenden Fall jedesmal die über die Bedarfseindeckung bestimmenden Angestellten der Kunden besticht. Der so aus dem Sattel gehobene Geschäftsmann verliert dadurch, ohne sich dessen auch nur bewußt zu sein, die Eigenschaft als Wettbewerber überhaupt, denn alle Bemühungen, die verlorene Kundschaft zurückzugewinnen, müssen unter diesen Umständen als ein Schlag ins Leere angesehen werden. Es ist daher nur zu begrüßen, daß die den Entwurf bearbeitenden Kreise auch diesen Auswüchsen des gewerblichen Wettbewerbs ganz besondere Aufmerksamkeit geschenkt und durch Aufnahme eines Spezialtatbestandes über das Schmiergelderunwesen unter Art. 2 eine sicherere Grundlage für eine wirksame Bekämpfung dieser Mißstände geschaffen haben.

Als eine unerlaubte Wettbewerbshandlung in diesem Sinne bezeichnet nun Art. 2, lit. d:

»das Gewähren, Versprechen oder Anbieten von Vorteilen an Dienstpflichtige, Beauftragte oder Hilfspersonen eines öffentlichen oder privaten Betriebes oder einer Privatperson zu dem Zwecke, bei Vertragsabschlüssen mit diesen durch unlauteres Verhalten des Dienstpflichtigen, Beauftragten oder der Hilfspersonen für sich oder einen andern einen Vorzug zu erlangen.«[2]

Die Haupttatbestandsmerkmale bei der Angestelltenbestechung sind das Gewähren, Versprechen oder Anbieten von Vorteilen. Hinsichtlich des Begriffs »Vorteil« ist sich das Schrifttum einig, daß darunter alles zu verstehen ist, was dem zu Bestechenden wertvoll oder

[2] Im Gegensatz zu § 12 des deutschen Wettbewerbsgesetzes erwähnt der Entwurf in lit. d nur die aktive Bestechung, das heißt er behandelt die Angestelltenbestechung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des unerlaubten Wettbewerbs und gewährt dem verletzten Wettbewerber die zivilrechtlichen Ansprüche gemäß Art. 3 in analoger Weise wie in lit. c (vgl. oben S. 125/126) konsequent und mit Recht nur gegen den Mitbewerber (Bestechenden), denn der Treubruch des Angestellten gegenüber seinem Geschäftsherrn stellt grundsätzlich keine Wettbewerbshandlung dar.

begehrenswert erscheint.[3] Es ist daher nicht erforderlich, daß der Vorteil eine tatsächliche Verbesserung der Vermögenslage des Bestochenen bewirkt, vielmehr dürfen als Vorteil im Sinne von lit. d auch rein persönliche Annehmlichkeiten (z. B. eine Einladung zu einem großartigen Essen oder zu einer Autotour, ja sogar das Herstellen von gesellschaftlichen Beziehungen usw.) betrachtet werden, wenn sie geeignet sind, den Willen des Angestellten zu beeinflussen. Schließlich fallen unter diesen Begriff aber auch Geschenke, welche dem Angestellten nicht direkt, sondern einer ihm nahe verbundenen Person verabfolgt werden (mittelbare Angestelltenbestechung)[4], da zum Beispiel Zuwendungen an die Ehefrau oder die Kinder des Bestochenen zweifellos von letzterem ebenfalls als eigene Vorteile aufgefaßt werden. Für das Tatbestandsmerkmal »Gewähren« ist wesentlich, daß der Bestochene den Vorteil empfangen und angenommen hat, was somit eine Willenseinigung zwischen dem Angestellten und dem Bestechenden voraussetzt. Hingegen wird nicht verlangt, daß der Angestellte das Geschenk mit der Absicht annimmt, dem Wunsch des Bestechenden zu entsprechen, ja nicht einmal, daß er das Gewährte als Bestechungsmittel erkennt; es genügt, wenn er dasselbe als Vorteil ansieht.[5] Während für das Gewähren ein Zusammenwirken beider Teile, des Bestechenden wie des Bestochenen, erforderlich ist, stellt das »Versprechen« und das »Anbieten« eine einseitige Willenserklärung dar, welche, da sie an keine besondere Form gebunden ist, sowohl ausdrücklich, stillschweigend als auch durch schlüssige Handlung erfolgen kann.[6] Meinungsverschiedenheiten herrschen hier lediglich über die Frage, ob das Versprechen oder das Anbieten empfangsbedürftig sind oder nicht.[7] Unserer Ansicht nach darf man sich der zweiten Auffassung ohne Bedenken anschließen, da es sich durchaus rechtfertigt, in solchen Fällen ausschließlich auf die wider Treu und Glauben verstoßende Absicht des Bestechenden abzustellen. Außerdem können sich das Reichsgericht und die die Empfangsbedürftigkeit postulierenden Vertreter des Schrifttums dem Vorwurf einer In-

---

[3] Finger, S. 185; Rosenthal, S. 297; treffend Callmann, S. 325: »Die Einnahme eines durchaus subjektiven Standpunktes ist allein gerechtfertigt, denn es handelt sich um die Ausschaltung der sachlichen Erwägung durch Herbeiführen eines Lustgefühls.«

[4] Vgl. Callmann, S. 326; Finger, S. 185; Pinner, S. 90; Rosenthal, S. 297; Hirzel, S. 45, führt als häufiges Beispiel dieser Art sogenannte »Küchengrüße für die Hausfrau« an.

[5] Vgl. Hirzel, S. 45.

[6] Vgl. Callmann, S. 326; Finger, S. 185; Rosenthal, S. 296; RGStr. 26, 424 ff.

[7] Dafür: RGStr. 26, 424 ff.; 37, 172; Elster, S. 278; Freytag, S. 9; Haeffner, S. 25; Hirzel, S. 44; Pinner, S. 93; Rosenthal, S. 297; Troller, S. 72; dagegen: Callmann, S. 326; Finger, S. 185.

konsequenz nicht entziehen. Denn wenn sie auf der einen Seite dem Umstand, ob das Versprechen oder das Angebot vom Angestellten richtig verstanden wird, keine Bedeutung beimessen[8] und damit ausdrücklich das von einer unehrenhaften Absicht getragene Vorgehen des Bestechenden zum rechtlich relevanten Kriterium stempeln, so ist es nur folgerichtig, auch die Kenntnisnahme des Versprechens oder des Anbietens durch den Angestellten als belanglos zu betrachten.[9] Daraus ergibt sich, daß für die Erfüllung des Tatbestands gemäß lit. d allein der auf die Erlangung einer unrechtmäßigen Bevorzugung gegenüber den Konkurrenten gerichtete und durch das Gewähren, Versprechen oder Anbieten eines Vorteils zum Ausdruck gebrachte Wille des Bestechenden maßgebend ist. Lit. d setzt somit das Eintreten des vom Bestechenden beabsichtigten Erfolgs nicht voraus und erhebt schon den Versuch, der ja ein Entgegenkommen des Angestellten nicht erfordert, zur vollendeten aktiven Bestechung.

Was die zu bestechenden Personen anbelangt, so spricht sich der Entwurf dahin aus, daß der Vorteil einem Dienstpflichtigen, Beauftragten oder einer Hilfsperson eines öffentlichen oder privaten Betriebes oder einer Privatperson gewährt, versprochen oder angeboten werden muß. Diese in lit. d getroffene Regelung stellt gegenüber der entsprechenden Bestimmung in UWG § 12, welche nur Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes erwähnt, eine bedeutende Erweiterung des Rechtsschutzes für den Mitbewerber dar. Sie ermöglicht vor allem einem Gewerbetreibenden gegen einen Konkurrenten nun auch in jenen Fällen vorzugehen, in welchen letzterer zur Erreichung einer Bevorzugung für Lieferungen an den Bund, die Kantone oder die Gemeinden, die für den Einkauf maßgebenden Organe dieser Behörden schmiert. Aber auch dort, wo beispielsweise ein Metzger das Dienstmädchen eines Privatmannes besticht, um den bisherigen Fleischlieferanten zu eliminieren, erteilt der Entwurf dem Verletzten einen Rechtsschutz, auf welchen der deutsche Gewerbetreibende auch heute noch verzichten muß.[10]

---

[8] RGStr. 26, 424 ff.; Hirzel, S. 44 ff.; Troller, S. 73; Pinner, S. 93; RGStr. 37, 172.

[9] Callmann, S. 326: »Bestechung ist das Anbieten in einem Brief, mag dieser auch zufällig nicht in die Hände des Angestellten, sondern seines Prinzipals gelangen.«

[10] Daß gerade diese beiden letzteren Bestechungsarten eine häufige Erscheinung im gewerblichen Wettbewerb sind, ist vom deutschen Schrifttum vielfach hervorgehoben worden, welches immer wieder geltend macht, daß diese Beschränkung auf Angestellte und Beauftragte eines Geschäftsbetriebes in UWG § 12 völlig ungerechtfertigt sei und sich als eine durch Auslegung nur schwer füllbare Lücke im Gesetz erweise. — Vgl. besonders Callmann, S. 325; Kohler, S. 273 und Haeffner, S. 14; ferner ein Urteil des RGStr. vom 16. 2. 1915 in MUW, Bd. 14,

Weniger glücklich ist hingegen die vom Gesetzgeber geforderte Absicht des Bestechenden umschrieben, wenn in lit. d ausgeführt wird, daß die Bestechung zu dem Zwecke erfolgen müsse, bei »Vertragsabschlüssen durch unlauteres Verhalten des Dienstpflichtigen, Beauftragten oder der Hilfspersonen für sich oder einen andern einen Vorzug zu erlangen«. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum es hier für notwendig erachtet wurde, im Wortlaut dieser Bestimmung ausdrücklich ein »unlauteres Verhalten« des Angestellten zu verlangen, da sich wohl kaum ein Fall denken läßt, in welchem ein Gewerbetreibender zu seiner Rechtfertigung geltend machen könnte, daß die durch das Gewähren, Versprechen oder Anbieten eines Vorteils erreichte Bevorzugung gegenüber andern Mitbewerbern auf Grund eines korrekten und damit rechtlich erlaubten Verhaltens des Bestochenen erfolgt sei. Immer und ohne Ausnahme wird nämlich eine vom Dienstpflichtigen einem bestimmten Gewerbetreibenden unter diesen Voraussetzungen gewährte Bevorzugung auf eine wider Treu und Glauben verstoßende Handlung des ersteren gegenüber den andern Konkurrenten zurückzuführen sein. Denn das Eintreten des Bestochenen auf die rechtswidrige Forderung des Bestechenden bedingt ja zwangsläufig ein unerlaubtes Verhalten des Angestellten: letzteres ist eine unerläßliche Voraussetzung für das Zustandekommen einer Willenseinigung und der daraus fließenden Bevorzugung. Fehlt es an diesem Erfordernis, tritt der Dienstpflichtige auf das an ihn gestellte unfaire Ansinnen nicht ein, so ist auch eine Bevorzugung im Sinne von lit. d ausgeschlossen, mit anderen Worten, es sind dies zwei stets zusammentreffende, gleichzeitig auftretende Merkmale der vollendeten Angestelltenbestechung. Somit reicht jedoch das Tatbestandsmerkmal der Bevorzugung für eine sichere Beurteilung aller Bestechungsfälle vollständig aus. Aber auch die in der Botschaft (S. 21) angeführte Begründung kann nicht durchschlagen, daß die Aufnahme dieses Zusatzes deshalb erforderlich sei, um gewisse Handelsbräuche, welche sich seit Jahren eingebürgert haben und die nach dem Empfinden sämtlicher beteiligter Kreise nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, von einer zivilrechtlichen Verfolgung auszuschließen. Als Beispiel erwähnt die Botschaft an gleicher Stelle, »daß es im Instrumenten- und Musikalienhandel seit Jahrzehnten üblich sei, dem Musiklehrer, der im Auftrag des Käufers Musikinstrumente, Noten, etc. aussucht, beim Zustandekommen des Vertrags eine

S. 30b: Hier wurde ein Baumeister, der einen Bauamtsassistenten der Stadt Leipzig bestochen hatte, lediglich deshalb freigesprochen, weil der Bestochene Angestellter eines öffentlichen Betriebes war.

bestimmte Provision zu gewähren«. Daß in solchen Fällen, in denen dem Beauftragten eine zum voraus bestimmte und ausnahmslos von jedem Mitbewerber in gleicher Höhe in Aussicht gestellte Provision gewährt wird, selbstverständlich von einer Bestechung nicht gesprochen werden kann, liegt auf der Hand, da solche in jedem Geschäft erhältliche Vorteile ja gar nicht geeignet sind, den Willen des Beauftragten zugunsten eines bestimmten Gewerbetreibenden zu beeinflussen. Es fehlt somit bereits hier an einem wesentlichen Erfordernis für die Erfüllung des Tatbestands gemäß lit. d. Schließlich kann aber dem Gewerbetreibenden auch die Absicht, einen Vorzug zu erlangen, nie nachgewiesen werden, da unter diesen Umständen die Erreichung einer konkreten Bevorzugung gegenüber andern Mitbewerbern ja gänzlich ausgeschlossen ist, was der betreffende Geschäftsmann übrigens regelmäßig auch weiß. Daraus ergibt sich, daß solche nicht gegen Treu und Glauben verstoßende Handelsbräuche auch ohne diesen Zusatz »durch unlauteres Verhalten des Dienstpflichtigen, Beauftragten oder der Hilfspersonen« von lit. d nicht erfaßt werden.

Wenn nun aber, wie dargelegt, einerseits eine konkrete Bevorzugung eines Gewerbetreibenden nicht denkbar ist, ohne daß zugleich ein unerlaubtes Verhalten des Dienstpflichtigen gegenüber den Mitbewerbern vorliegt und andererseits reelle Handelsbräuche auch durch Weglassen dieses Zusatzes nicht erfaßt werden, so sind diese Worte nicht nur völlig überflüssig, sondern sie erschweren nur das Verständnis der lit. d. Daß übrigens dieser Zusatz sehr leicht zu Mißverständnissen über den gesetzgeberischen Willen führen kann, beweist die Auslegung, welche derselbe sowohl im Stände- als auch im Nationalrat erfahren hat. So ziehen die Berichterstatter der beiden Räte aus dieser Bestimmung den Schluß, daß ein unerlaubtes Verhalten des Dienstpflichtigen dann nicht vorliege, wenn der Prinzipal von der Ausrichtung eines Vorteils an seinen Angestellten Kenntnis habe und damit ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden sei.[11] Dies kann jedoch schwerlich der Wille des Gesetzgebers sein.

---

[11] Schöpfer, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 336 und Gafner, Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 320.

Gleicher Ansicht ist Kohler, S. 267, wenn er sagt, daß man nur dann von unerlaubtem Wettbewerb sprechen könne, wenn »der Dienstherr den Angestellten die Annahme von Geschenken unbedingt verboten hatte und der Schenkende davon wußte«. Daß Kohler jedoch von seiner eigenen Auffassung selbst nicht restlos überzeugt ist, geht daraus hervor, daß er an gleicher Stelle erwähnt, daß Geschenke an Angestellte, um sich deren Wohlwollen zu verschaffen, zwar von streng sittlichem Standpunkt aus verwerflich seien und derartige Zuwendungen hart an der Grenze stehen.

Eine Interpretation in diesem Sinne würde schließlich nichts anderes bedeuten, als einerseits lit. d in erster Linie zu einer Schutzbestimmung für den Geschäftsherrn zu gestalten und andererseits den Schutz der verletzten Konkurrenten von der Duldsamkeit des Prinzipals solchen Machenschaften gegenüber abhängig zu machen. Der Zweck der lit. d besteht jedoch nicht darin, den Geschäftsherrn gegen einen Treubruch des Dienstpflichtigen zu schützen, sondern ihre Aufgabe muß vor allem darin erblickt werden, den Mitbewerbern gegen bestimmte Formen des unerlaubten Wettbewerbs einen ausgiebigen Rechtsschutz angedeihen zu lassen.[12] Ob der Angestellte seinen Dienstherrn hintergeht oder nicht, ist irrelevant; wesentlich ist nur, ob sich dessen Verhalten gegenüber dem Kreise der Mitbewerber als unerlaubt erweist. Zur Vermeidung allfälliger Fehlschlüsse über den Sinn der lit. d wäre daher de lege ferenda die Streichung dieser Worte nur zu empfehlen.

Was sodann die in lit. d verlangte Bevorzugung betrifft, so muß eine solche durch ein zukünftiges Verhalten des Dienstpflichtigen erfolgen.[13] Dadurch, daß eine Bestechung nur für eine erst noch vorzunehmende Handlung möglich ist, ergibt sich auch eine klare Abgrenzung gegen die zivilrechtlich nicht verfolgbaren Trinkgelder, welche stets für eine bereits in der Vergangenheit liegende Bevorzugung gewährt werden und somit eine Willensbeeinflussung des Angestellten ausschließen.[14]

Welche Wirkung ist nun der Angestelltenbestechung hinsichtlich der im Interesse der Mitbewerber geschützten Rechtsgüter immanent? Diese festzustellen, bietet in der Regel keine großen Schwierigkeiten, da die Absicht des Bestechenden hier unverschleiert zum Ausdruck kommt und sich in der Mehrzahl der Fälle in einem direkten Angriff auf die Kundschaft des Mitbewerbers äußert. Allein, immer wird diese Absicht, fremde Kundschaft an sich zu reißen, nicht vor-

---

[12] Callmann, S. 327; Elster, S. 278; Finger, S. 187; Freytag, S. 12; Pinner, S. 89; Rosenthal, S. 299; Troller, S. 71 und 73; vgl. ferner das Urteil des RGStr. vom 14. 5. 1914, in MuW, Bd. 14, S. 145.

[13] Vgl. Finger, S. 186; Freytag, S. 10; Haeffner, S. 20; Hirzel, S. 32 und 45; Pinner, S. 93.

[14] Allerdings darf daraus nicht geschlossen werden, daß einem Geschenk an einen Angestellten nach Vertragsabschluß immer und in jedem Fall die Bedeutung eines Trinkgeldes zukommt, sondern es darf mit Pinner (S. 93) angenommen werden, daß dort, wo ein Gewerbetreibender einem Angestellten, welcher ihn bevorzugt, jedesmal Geschenke gibt, nachdem die Bevorzugung eingetreten ist, die Vermutung berechtigt ist, daß er auch für eine künftige Bevorzugung nachträglich wieder Geschenke geben wird. Hier kann natürlich nicht mehr von einem »Trinkgeld« gesprochen werden, da einem solchen Geschenk die Eigenschaft, den Willen des Angestellten zu beeinflussen, offensichtlich inhärent ist.

liegen. Es ist auch denkbar, daß Bestechungsgelder als Abwehrmittel gegen neu auftauchende und vielleicht leistungsfähigere Mitbewerber Verwendung finden. In einem solchen Fall, in welchem ein Gewerbetreibender seine eigene Kundschaft durch Bestechung von Angestellten vor dem Zugriff eines andern, wirtschaftlich tüchtigeren Konkurrenten schützen will, kann natürlich von einer Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts der Kundschaft nicht die Rede sein, sondern hier liegt ausschließlich eine wider Treu und Glauben verstoßende Störung der gewerblichen Tätigkeit, eine Verletzung des Rechts auf ungehemmte Mitbewerbung vor.

V. Die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen über die Arbeitsbedingungen.

Mit lit. e gelangen wir zu einer Bestimmung, deren Formulierung in den Beratungen der beiden Räte Gegenstand äußerst heftiger Meinungsstreite war. Der im Entwurf statuierte Wortlaut dieses Tatbestands, an welchem der Ständerat bei der Bereinigung der Differenzen über die Gesetzesvorlage schließlich festhielt[1], lautet folgendermaßen:

»Art. 2: Als Handlungen, die den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, gelten insbesondere:

e) die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen über Arbeitsbedingungen, sofern die Bestimmungen auch für den Mitbewerber gelten.«

Wie aus der Fassung dieser Schutzbestimmung gegen unerlaubten Wettbewerb ersichtlich ist, weist das erste Tatbestandsmerkmal eine erhebliche Einschränkung auf, indem der Richter lit. e nur in solchen Fällen anwenden kann, in denen ein Wettbewerber gesetzliche oder vertragliche Vorschriften über die Arbeitsbedingungen umgeht. Wenn auch die Botschaft den Begriff der »Arbeitsbedingungen« sehr weitgehend ausdehnt und in denselben außer den Arbeitsbedingungen des Dienstpflichtigen, wie zum Beispiel Bestimmungen über Lohn, Arbeitszeit, Ruhezeit, Ferien, Ueberzeitzuschlag usw., auch noch diejenigen, welche dem Dienstherrn selbst auferlegt sind, miteinbezieht, wie beispielsweise Bestimmungen über den Ladenschluß[2], so muß trotzdem die vorliegende Lösung, da sie nur einen Teil der gestellten Aufgabe behandelt, als Stückwerk bezeichnet wer-

[1] Vgl. Amtl. sten. Bull. St.R. 1936, S. 45; Germann, Vorarbeiten, S. 106.
[2] Botschaft, S. 21.

den. Denn der Grundgedanke, welchem diese Bestimmung ihre Entstehung verdankt, ist sicher nicht nur der gewesen, die Umgehung einer bestimmten Art gesetzlicher Vorschriften oder vertraglicher Vereinbarungen zu Wettbewerbszwecken zu verbieten, sondern beruht vielmehr ganz allgemein darauf, den Gewerbetreibenden schlechthin gegen die Verwendung des Rechts- oder Vertragsbruchs als Kampfmittel im gewerblichen Wettbewerb zu schützen. Daß auch in den Beratungen der beiden Räte dieser ursprünglichsten Zweckbestimmung dieses Tatbestands keine Beachtung geschenkt wurde, ist umso mehr zu bedauern, als einerseits in diesem Zeitpunkt bereits Anregungen aus Gewerbekreisen[3] für eine Erweiterung der lit. e in dieser Richtung vorlagen und andererseits sogar die Botschaft (S. 22) ausdrücklich die Verletzung auch anderer Bestimmungen als solcher über die Arbeitsbedingungen, wie zum Beispiel die Umgehung verbindlicher Preistarife, als wider Treu und Glauben verstoßende Wettbewerbshandlungen anerkennt. Wenn nun aber diese letztere Tatsache doch nicht geleugnet werden kann, ja noch hervorgehoben wird, so ist nicht einzusehen, warum man lit. e von dieser Einschränkung, welche ihre Bewegungsfreiheit geradezu auf ein kümmerliches Maß beschneidet, nicht befreien soll und ihr nicht grundsätzlich die zivilrechtliche Verfolgung aller Tatbestände überträgt, bei denen das Bestreben des Mitbewerbers darauf gerichtet ist, durch Umgehung irgendwelcher gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen einen Vorteil im gewerblichen Wettkampf zu erreichen, oder, wie Callmann zutreffend bemerkt, bei denen das Zuwiderhandeln des Gewerbetreibenden gegen solche Vorschriften »gewissermaßen zu einem Rechnungsfaktor in der Kalkulation wird«.[4] Es bleibt daher zu hoffen, daß bei einer endgültigen Ueberarbeitung des Entwurfs lit. e in diesem Sinne erweitert und dadurch zu einem Rechtsschutzmittel gestaltet wird, welches den gesetzes- und vertragstreuen Mitbewerber gegen alle Spielarten derartiger Machenschaften schützt.

Eine zweite Voraussetzung für die Erfüllung dieses Tatbestands besteht darin, daß die gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über die Arbeitsbedingungen für beide Mitbewerber gelten. Gegen-

---

[3] Vgl. das Postulat des Verbandes schweiz. Versicherungsgesellschaften, sowie ein Vorschlag des Schutzverbandes der papierverarbeitenden Industrien der Schweiz in der Botschaft, S. 22.

[4] Callmann, S. 59; vgl. ferner zahlreiche Beispiele über die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen bei Pouillet, S. 905 ff. und 1025 ff., sowie bei Chenevard, Bd. II, S. 7 ff.

über dieser vom Bundes- und Ständerat vorgeschlagenen Formulierung, welche somit vom Grundsatz beherrscht ist, daß die Wettbewerber nur solche Vorschriften zu beachten brauchen, die ihnen der Gesetzgeber gemeinsam auferlegt oder denen sie sich freiwillig, durch Vertragsabschluß unterworfen haben, wurde jedoch durch die nationalrätliche Kommission, welche dieses Erfordernis lebhaft angriff, eine bedeutend weitergehende Fassung beantragt. Nach dieser wäre nämlich der Tatbestand des unerlaubten Wettbewerbs schon dann gegeben, wenn ein Gewerbetreibender gesetzliche oder vertragliche Vorschriften über die Arbeitsbedingungen verletzt, die »orts- oder berufsüblich«[5] sind. Hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen würde sich eine Erweiterung der lit. e in diesem Sinne allerdings nicht schärfer auswirken, da solche Vorschriften ja grundsätzlich für alle Mitbewerber verbindlich sind und die zur Erreichung eines Vorsprungs gegenüber den andern Konkurrenten erfolgte Umgehung derselben zweifellos eine unerlaubte Wettbewerbshandlung darstellt. Von großer Tragweite wäre dagegen das von der nationalrätlichen Kommission gestellte Postulat auf dem Gebiete der vertraglichen Vereinbarungen, indem der Richter nicht nur dann zur Verurteilung eines Gewerbetreibenden schreiten müßte, wenn dieser den vertraglichen Abmachungen, welche er mit einem bestimmten Kreis von Wettbewerbern getroffen hat, nicht nachlebt, sondern auch dann, wenn beispielsweise ein Außenseiter die von einem Berufsverband als orts- oder berufsüblich bezeichneten Verbandsbestimmungen nicht einhält.[6] Mit andern Worten, es könnten unter dieser Voraussetzung mit lit. e sogar jene Konkurrenten erfaßt werden, die einen fremden Vertrag nicht respektieren, welchem sie vielleicht aus irgend einem Grund gar nicht beitreten konnten. Dieser Lösung, welcher die Auffassung zugrunde liegt, daß ein Wettbewerber sich ebenfalls an die Bedingungen eines von ihm nicht unterzeichneten Kollektivvertrags zu halten habe, sofern diese Bestimmungen als orts- oder berufsüblich in einem bestimmten Wirtschaftskreis anzusprechen sind, kann jedoch nicht zugestimmt werden, da der Annahme dieses Standpunktes zwei schwerwiegende Gründe entgegenstehen. Einmal widerspricht eine derart ausgedehnte Fassung der lit. e der wohl nicht gut anfechtbaren Praxis des Bundesgerichts, das in einem Fall, in welchem ein Außenseiter seine Waren unter den vom Preiskartell festgesetzten Preisen verkaufte, sich dahin äußerte, daß durch die vom Kartell mit den einzelnen Gewerbetreibenden abgeschlossenen Ver-

[5] Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 327.
[6] Amtl. sten. Bull. St.R. 1936, S. 45.

träge lediglich relative Rechte erzeugt worden seien, das heißt Rechte, die dem Gläubiger nur gegenüber einer bestimmten Person, nämlich dem zu einem bestimmten Verhalten verpflichteten Schuldner, zustehen, daß Drittpersonen solche Rechte nicht verletzen können und sie deshalb grundsätzlich auch nicht zu beachten brauchen.[7] Ein zweiter Grund, welcher gegen diesen Antrag spricht, ist der, daß es dem Richter, wie auch Stampfli mit Recht hervorhob[8], außerordentlich schwer fallen würde, im entscheidenden Fall zu untersuchen, ob solche orts- oder berufsüblichen Arbeitsbedingnungen tatsächlich vorliegen, da ihm der Entwurf für die Feststellung dieses Tatbestandsmerkmals keinen Anhaltspunkt gibt und die Ansichten über diesen Punkt heute noch weit auseinandergehen.[9]

Was schließlich das durch die Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Vorschriften über Arbeitsbedingungen verletzte Rechtsgut betrifft, so ergibt sich aus dem Umstand, daß ein Gewerbetreibender durch die Anwendung derartiger Geschäftspraktiken in der Regel seine Konkurrenzfähigkeit hinsichtlich der Preisgestaltung ganz beträchtlich hinaufzuschrauben vermag, zur Hauptsache eine unmittelbare Gefährdung der Kundschaft der Mitbewerber. Denn es ist klar, daß ein Geschäftsmann, welcher bei der Berechnung der Gestehungskosten seiner Erzeugnisse einen niedrigeren Lohnkostenfaktor einkalkuliert als es der für ihn verbindliche Tarifvertrag vorschreibt, den

---

[7] BGE 52. II. 370 ff.; vgl. ferner BGE 57. II. 334 ff.; Pinner, S. 3 ff.; Finger, S. 32 und Knellwolf, S. 124.

[8] Stampfli, Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 329.

[9] Sogar die Ausführungen Schöpfers, Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 330, welcher den Antrag der Kommission im Nationalrat vertrat, geben über den Begriff der orts- oder berufsüblichen Arbeitsbedingungen keinen befriedigenden Aufschluß, wenn sie nur zu dem Resultat führten, daß dort, wo ein Vertrag bestehe, die darin festgesetzten Löhne »gewöhnlich« die ortsüblichen seien.

Gegen ihn Stampfli, Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 329: »Wann liegen orts- oder berufsübliche Arbeitsbedingungen vor? Ist diese Voraussetzung nur vorhanden, wenn formell ein Tarifvertrag am betreffenden Ort oder in der betreffenden Berufsgruppe abgeschlossen ist oder genügt es schon, wenn die Mehrheit der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer am Orte oder im Berufe sich auf einen Gesamtarbeitsvertrag, einen Tarifvertrag verpflichtet haben? Genügt es, wenn 50 % plus einer für diesen Vertrag sich erklärt haben, oder ist eine qualifizierte Mehrheit nötig? Oder kann man noch weitergehen und verlangen, daß, wenn eine qualifizierte Mehrheit von Betriebsinhabern vorgeschrieben wird, die sich auf den Vertrag verpflichten, diese auch noch die Mehrheit der Arbeiter der betreffenden Berufe oder am Orte beschäftigen? Wäre es zweckmäßig, daß die Hälfte der Betriebsinhaber, die vielleicht nur 20 % der Arbeiterschaft auf dem Platze beschäftigen, der Minderheit, die die übrigen 80 % Arbeitnehmer beschäftigt, vorschreibt, sich ihrem Diktat zu unterziehen? Das ist eine so große Zahl so wichtiger Fragen, die mit dieser Bestimmung nicht gelöst werden, die wir aber für den Richter lösen müssen, wenn er mit dieser Bestimmung etwas soll anfangen können.«

Verkaufspreis günstiger ansetzen kann und daher beim kaufenden Publikum als leistungsfähiger betrachtet wird als sein Konkurrent, welcher die vertraglich übernommenen Verpflichtungen treu einhält.

VI. Die unerlaubte Reklame.

Die Aufgabe der Reklame, soweit wir auch zurückblicken, hat seit jeher darin bestanden, dem Konsumenten als Wegweiser zum Produzenten zu dienen. Ihre volle Bedeutung als wichtigstes Hilfsmittel zur Förderung des Absatzes hat die Reklame jedoch erst mit der in jüngerer Zeit erfolgten Umstellung der Wirtschaft von der Kundenproduktion, welche sich ausschließlich nach den vom Abnehmer geäußerten Bedürfnissen richtete, auf die auf die Erweckung vermehrter und noch nicht vorhandener Wünsche im Publikum hinzielende Massenproduktion erlangt. Mit diesem Uebertritt des Handels in ein neues Stadium hat sich aber auch der Sinn der Reklame grundlegend geändert. Während diese bis dahin im allgemeinen lediglich darauf abzielte, den Kunden auf die Existenz gewisser Waren und Dienstleistungen aufmerksam zu machen, ist heute ihr Zweck in überwiegendem Maße auch noch der, die Abnehmerkreise von der größeren Leistungsfähigkeit eines bestimmten Gewerbetreibenden gegenüber der Konkurrenz zu überzeugen und diese dadurch in ihrem Abnahmewillen bei der Wahl zwischen verschiedenen Angeboten entscheidend zu beeinflussen.[1] Diese vom Geschäftsmann angestrebte Beeinflussung des kaufenden Publikums durch eine zügige Reklame in Form von Inseraten, Werbebriefen, Prospekten, usw., stellt im modernen gewerblichen Wettkampf eines der beliebtesten und zugleich wirksamsten Kampfmittel dar. Selbstverständlich sind der Bewegungsfreiheit des Wettbewerbers auch in dieser Richtung von der Rechtsordnung gewisse Schranken gezogen. Denn wenn das Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit dem Gewerbetreibenden für die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit grundsätzlich auch keine Grenzen zieht und ihm daher die Möglichkeit verschafft, dem Käufer die Vorzüge seiner Leistungen in den schillerndsten Farben zu präsentie-

[1] Grimmlinger, S. 3: »Reklame ist die Beeinflussung des Denkens und Verhaltens eines größeren Personenkreises oder der Allgemeinheit über die Waren, Leistungen oder Personen. In ihrem Wesen liegt es daher, daß sie suggestiv auf die Masse wirken muß. Inhalt und Form der Reklame erfordern ein Studium der Psychologie des kaufenden Publikums. Der Gewerbetreibende, der sich nicht die Mühe nehmen will, diese psychologischen Voraussetzungen zu untersuchen und seine Reklame daraufhin abzustimmen, wird sich über den Mißerfolg seiner Werbetätigkeit nicht wundern müssen.« — Vgl. besonders auch Opitz, S. 1 ff.

ren, so muß er seine Werbetätigkeit doch derart gestalten, daß diese sich stets im Rahmen von Treu und Glauben bewegt. Verläßt der Reklametreibende diese für die Abwicklung eines reellen Geschäftsverkehrs erforderliche Leitmaxime und geht er in seiner Anpreisung dazu über, dem Publikum Eigenschaften seiner Erzeugnisse vorzuspiegeln, die in Wirklichkeit gar nicht bestehen oder den Kunden doch einen übertriebenen Begriff vom wahren Wert seiner Leistungen zu vermitteln, so entsteht eines jener Zerrbilder des erlaubten Wettbewerbs, welches wir unerlaubte Reklame nennen.

Zur sichereren Bekämpfung derartiger Machenschaften, welche sich für den anständigen Mitbewerber zwangsläufig schädigend auswirken müssen, haben die den Entwurf bearbeitenden Kreise ebenfalls einen Spezialtatbestand in Art. 2 aufgenommen. So werden in lit. f

»unrichtige oder irreführende Angaben über sich, die eigenen Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse«

als wider Treu und Glauben verstoßende Wettbewerbshandlungen bezeichnet. Lit. f stellt das Gegenstück zu lit. b dar. Während nämlich bei der Anschwärzung das Bestreben des Gewerbetreibenden darauf gerichtet ist, seine eigene Konkurrenzfähigkeit durch unrichtige oder irreführende Angaben über einen a n d e r n Wettbewerber auf Kosten des letzteren mittelbar in ein helleres Licht zu rücken, versucht der Reklametreibende dieses Ziel direkt zu erreichen, indem er solche Angaben über s i c h selbst in der Oeffentlichkeit ausstreut. Was jedoch den Tatbestand in lit. f qualifiziert ist der Umstand, daß sich hier der Angriff in jedem Fall und wahllos auf alle Mitbewerber erstreckt, im Gegensatz zu der Herabsetzung, deren Spitze sich in der Regel doch nur gegen einen bestimmten Konkurrenten richtet.

In nachstehender Darstellung soll nun die unerlaubte Reklame ausschließlich auf ihre allgemeinen, charakteristischen Kriterien, wie sie für die Auslösung des Rechtsschutzes gemäß lit. f notwendig sind, untersucht werden. Soweit auf einzelne ihrer nur allzu zahlreichen Erscheinungsformen[2] eingetreten wird, geschieht dies lediglich deshalb, um Kritik an herrschenden Rechtsauffassungen zu üben.

Das Kernstück des Tatbestands in lit. f bilden unrichtige oder irreführende Angaben. Gegenüber dem deutschen Wettbewerbsgesetz

---

[2] Zur Gewinnung einer Uebersicht über die mannigfaltigen Arten der unerlaubten Reklame können vor allem die sehr ausführlichen und auf alle Einzelheiten eingehenden Betrachtungen von Chenevard, Bd. II. S. 101—719; Kohler, S. 145—239 und Tuchmann, S. 38—131 (letzterer besonders hinsichtlich der in UWG § 3 erwähnten Begehungsarten) herangezogen werden. — Vgl. ferner auch zahlreiche Beispiele bei Poeschl, S. 18 ff

(UWG § 3) knüpft der Entwurf an solche Angaben jedoch nicht die Voraussetzung, daß sie geeignet sein müssen, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.[3] Dies bedeutet eine wesentliche Erweiterung des Rechtsschutzes für den Mitbewerber, indem durch die Elimination dieser Einschränkung auch jene Fälle unerlaubter Reklame von lit. f erfaßt werden, in denen ein weniger leistungsfähiger Gewerbetreibender den Anschein eines auch nur gleich günstigen Angebots wie sein Konkurrent erweckt[4] oder in denen unrichtige oder irreführende Angaben Verwendung finden, welche nicht geeignet sind, dem Publikum eine besonders vorteilhafte Offerte vorzutäuschen, wie beispielsweise die unrichtige Bezeichnung als einziges Geschäft.[5] Daß sich natürlich auch solche Geschäftspraktiken verhängnisvoll für die übrigen Konkurrenten auswirken können, bedarf keiner weiteren Beweisführung.

Eine etwas unverständliche Auffassung wird dagegen hinsichtlich des Begriffs der unrichtigen Angabe vertreten, wenn sich die schweizerische und deutsche Doktrin und Judikatur mit der Unrichtigkeit einer Anpreisung an sich noch nicht begnügen, sondern, nur um die marktschreierische Reklame — in der Annahme, daß diese als solche vom Publikum stets erkannt werde und daher auch nicht die Fähigkeit besitze, zur Beeinflussung des Wettbewerbs zu dienen — von der zivilrechtlichen Verfolgung auszuschließen, außerdem verlangen, daß der unrichtigen Angabe die Eigenschaft inhärent sein müsse, den flüchtigen Durchschnittsleser derjenigen Abnehmerkreise, zu deren Beeinflussung die Auskündung bestimmt ist, zu täuschen.[6] Eine so weitgehende Rücksichtnahme, das heißt die Verwendung unrichtiger Angaben zu Werbezwecken davon abhängig zu machen, ob sie der zu gewinnende Kunde richtig zu beurteilen versteht oder nicht, rechtfertigt sich unserer Ansicht nach jedoch nicht, da dieser Reklameunfug für den Mitbewerber durchaus nicht so ungefährlich ist, wie man ihn stets hinzustellen sucht. Wenn zunächst auch zugegeben werden muß, daß solche maßlosen Uebertreibungen, wie »noch billi-

---

[3] Botschaft, S. 23.

[4] Grimmlinger, S. 85: »X offeriert angeblich amerikanisches Oel zum gleichen Preis wie sein Mitbewerber Y«.

[5] Botschaft, S. 23; Grimmlinger, S. 86, erwähnt als Beispiel dieser Art »unwahre Angaben, die dem Käufer keineswegs Vorteile versprechen, sondern an sein Mitgefühl appellieren wie: die Waren seien von Blinden angefertigt oder, der Reinertrag werde für die Arbeitslosen verwendet.«

[6] Vgl. Becker, S. 211; Callmann, S. 220 ff.; besonders S. 226; Fick, S. 129; Oser, S. 205 ff.; Recht, S. 40 ff.; Rosenthal, S. 223 ff.; Troller, S. 77/78; Tuchmann, S. 9; BGE 22; 161; 24. II. 149; 32. II. 400; 37. II. 415; 60. II. 259; ZbJV, Bd. 47, S. 611; SJZ, Bd. 10, S. 328; BlfzüR, Bd. 1, Nr. 45; HE, Bd. 16, S. 88; 17, S. 77 und einige Urteile des Reichsgerichts in MuW, Bd. 14, S. 42, 85, 234, 307.

ger ist ausgeschlossen«, »absolut konkurrenzloses Angebot«, »ewige Haltbarkeit« usw., vom Publikum im allgemeinen nicht ernst aufgefaßt werden, dieses also nicht zu täuschen vermögen, so darf trotzdem die Suggestivkraft, welche selbst diesen aufgeblasenen, dem wahren Wert der Erzeugnisse weit entfernt stehenden und daher unrichtigen Anpreisungen immanent ist, nicht unterschätzt werden. Den Beweis für die relativ doch große Wirkung der marktschreierischen Reklame liefert übrigens die leider nur zu oft in Erscheinung tretende Tatsache des Wirtschaftslebens, daß eine bestimmte Kategorie von Käufern eben trotz allem immer und immer wieder auf solche »nie dagewesenen Preise« zum Nachteil der loyalen Konkurrenten hereinfällt. Obschon diese äußerst leicht beeinflußbaren, kauflustigen Abnehmer, zu welchen sehr oft noch die weniger bemittelten Kreise gehören, innerlich solche Posaunenstöße des Gewerbetreibenden nicht falsch bewerten, können sie, von der Hoffnung verleitet, doch einmal das Richtige zu treffen, der Versuchung dieses »einmaligen und nur heute geltenden, erstaunlich billigen Angebots« nicht widerstehen, was der Geschäftsmann nur zu gut weiß, da er sonst sicher nicht fortwährend hohe Reklamespesen auf sich nehmen würde, wenn seine Werbetätigkeit erfahrungsgemäß nicht von dem gewünschten Erfolg begleitet wäre. Es bleibt daher zu hoffen, daß unsere Gerichte im Interesse aller Wettbewerber bei der Untersuchung von Superlativreklamen diese Einschränkung fallen lassen und überall dort zur Verurteilung schreiten, wo die Kundenwerbung sich in die Sphäre des Unwahrscheinlichen, der Prahlerei und damit der Unrichtigkeit versteigt, unbekümmert darum, ob das Publikum eine Uebertreibung durchschaut oder nicht. Denn nur durch die Zulassung einer so weitgehenden Auslegung von lit. f wird dem Grundgedanken des Entwurfs, auf die Gestaltung des Wettbewerbs bessernd und erzieherisch zu wirken, Rechnung getragen.[7]

Unter irreführenden Angaben sind sodann solche Werbemitteilungen zu verstehen, welche ihrem Inhalt nach, das heißt Satz für Satz gelesen, sich wohl als richtig erweisen, aber infolge besonderer Begleitumstände gleichwohl unwahr sind und dem Käufer ein falsches Bild von der Sachlage vermitteln. So hebt Troller[8] zutreffend hervor, daß eine Reklame, gegen deren Wortlaut nichts einzuwenden sei, durch die besonders raffinierte Darstellung von einzelnen Worten im Sperrdruck ein täuschendes Resultat ergeben könne. Es ist klar, daß

[7] Kohler, S. 155: »Die Würde des Geschäftes leidet durch Marktschreierei.« Kuhner, S. 47: »Heute sind solche Reklamemethoden zu verwerfen, da sie dem Gebot der Wahrheit und Klarheit widersprechen.«

[8] Troller, S. 77; vgl. ferner Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 321.

gerade heute, wo in den Inseratenteilen von Zeitungen sehr oft auf verhältnismäßig kleinem Raum eine große Zahl von Annoncen zusammengedrängt sind, der Leser sich in der Regel nicht die Zeit nimmt, die verschiedenen Anzeigen genau zu studieren, sondern diese mit einer gewissen Flüchtigkeit durchgeht und dabei sein Augenmerk zur Hauptsache auf solche fettgedruckten Schlagworte richtet. Dadurch bleiben aber in seinem Gedächtnis regelmäßig auch nur diese durch eine besondere Form zum Ausdruck gebrachten Elemente der Reklame haften. Weist nun ein speziell hervorgehobener Bestandteil einer Anpreisung, für sich allein betrachtet, Unwahrheiten auf, so ist zweifellos die ganze, auch an sich richtige Auskündung zur Irreführung geeignet, da der übrige, ebenso wichtige Text des Inserates, welcher dem Leser den wahren Sachverhalt allerdings darlegen würde, infolge seiner unauffälligen und den Anschein der Nebensächlichkeit tragenden Aufmachung von letzterem doch nicht gelesen wird.[9] Schließlich fallen unter den Begriff der irreführenden Angaben aber auch jene an sich wahren Anpreisungen, in denen dem Käufer eine wesentliche Tatsache vorenthalten wird. So unter anderem das Verschweigen der Eigenschaft als Gewerbetreibender, wodurch das Publikum in den Glauben versetzt werden soll, es handle sich um einen in der Regel preiswürdigeren Privatverkauf.[10] Aus diesen Beispielen erhellt, daß das charakteristische Merkmal dieser Reklameform stets darin besteht, den Abnehmer nach Möglichkeit nur mit dem vorteilhaft erscheinenden Teil der für den Wert der Leistung maßgebenden Faktoren zu beeinflussen und alle ungünstigen Tatsachen, welche aber für den Entschluß zur Abnahme mindestens von gleicher, wenn nicht noch von größerer Bedeutung sind, mehr oder weniger geschickt zu verschleiern oder zu unterdrücken. Ob jedoch im konkreten Fall eine Irreführung vorliegt oder nicht, kann hingegen bei diesen Tatbeständen allerdings nur auf Grund der Durchschnittsauffassung des

[9] Vgl. Pinner, S. 33; Callmann, S. 221: »Das Wesentliche beim Plakat und Inserat ist das Stichwort. Seine suggestive Kraft ist so groß, daß an seine Richtigkeit die größten Anforderungen gestellt werden müssen.«

Rosenthal, S. 229 erwähnt als Beispiel dieser Art das Inserat eines Optikers, in welchem die Worte »alle Reparaturen umsonst« durch den Druck besonders auffällig hervorstachen, während der übrige Text der Ankündigung dieses Gratis-Angebot nur auf gewisse wenige Reparaturen beschränkte.

[10] So in MuW, Bd. 14, S. 42, wo die Auskündung eines Polsterers in ihrer Gesamtheit, in ihrer Fassung und Aufmachung beim Durchschnittspublikum den Anschein erweckte, das Angebot gehe von einer Privatperson aus, die aus irgend einem Grunde gezwungen sei, sich des Speisezimmers zu entäußern.

Vgl. ferner ein Fall in BGE 20; 563 ff., in welchem der Beklagte sich in Prospekten als »ehemaliger Vice-Direktor des Instituts X« bezeichnete, diesen Posten jedoch nur wenige Tage besetzte. Weitere Fälle in SJZ, Bd. 30, S. 329 und MuW, Bd. 14, S. 21.

Abnehmerkreises, für den die Ankündigung bestimmt ist, beurteilt werden, da eine an sich wahre Angabe, die ihrer Form nach nicht geeignet ist, das Publikum zu täuschen, natürlich nicht unerlaubt sein kann. Was sodann den Gegenstand anbelangt, auf den sich die unrichtige oder irreführende Angabe beziehen muß, so ist derselbe identisch mit dem Angriffsgegenstand der Anschwärzung in lit. b (vgl. S. 89/90), das heißt lit. f spricht ebenfalls von der Person[11], der Ware[12] oder den Geschäftsverhältnissen[13] des Gewerbetreibenden.[14] Einer besonderen Erwähnung bedürfen hier nur die unrichtigen oder irreführenden Angaben, welche die Person des Mitbewerbers zum Inhalt haben. In dieser Richtung sind zur Hauptsache zwei Erscheinungsformen der unerlaubten Reklame von Bedeutung. Die eine liegt dann vor, wenn ein Konkurrent sich einer nicht oder doch nicht in diesem Ausmaß bestehenden persönlichen Beziehung zu einem andern, dem Publikum als besonders leistungsfähig bekannten Gewerbetreibenden rühmt, wie beispielsweise die falschen Bezeichnungen als »Nachfolger von X«[15] oder »früherer Angestellter der Firma Y«[16]. Die zweite Erscheinungsform umfaßt alle jene Fälle, in denen ein Geschäftsmann unzutreffende Titel oder Berufsbezeichnungen verwendet, die geeignet sind, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken.[17] Diese letztere Kategorie von Tatbeständen, welche anschließend unter VII behandelt wird, scheidet jedoch aus dem Rahmen der lit. f aus, da die Expertenkommission dieselbe zum Gegenstand einer selbständigen Spezial-

---

[11] SJZ, Bd. 19, S. 68: Verwendung des Titels »Doctor of Philosophy h. c.« durch den Direktor eines Knabeninstitutes, welcher diese Auszeichnung von einem Schwindelinstitut in Amerika käuflich erworben hatte.

MuW, Bd. 14, S. 82: Wahrheitswidriger Gebrauch der Bezeichnung »Courthairdresser«.

[12] SJZ, Bd. 30, S. 329: Bezeichnung einer Ware als Schweizerprodukt, deren sämtliche Bestandteile aus dem Ausland stammten und in der Schweiz nur zusammengesetzt wurden. — DJZ, Bd. 4, S. 422; MuW. Bd. 14, S. 25: Bezeichnung als »Kaffeemischung mit Zusatz von Gewürz« für ein Gemisch, das nur 30 % Kaffee enthielt.

[13] SJZ, Bd. 10, S. 328 ff.; DJZ, Bd. 4, S. 405: Falsche Angaben über das Gründungsjahr einer Fabrik; MuW, Bd. 14, S. 72: Unrichtige Angaben über den Umfang des Absatzes.

[14] Vgl. ferner die sehr umfassende Darstellung von Grimmlinger, S. 90—116, welche zahlreiche Beispiele unerlaubter Reklame über die Person, die Waren oder die Geschäftsverhältnisse des Gewerbetreibenden enthält.

[15] Grimmlinger, S. 90, setzt für die berechtigte Führung dieser Bezeichnung zutreffend eine tatsächliche Uebernahme voraus. »Die Tatsache allein, daß der gegenwärtige Gewerbetreibende den Betrieb in denselben Lokalitäten und vielleicht mit den gleichen Arbeitskräften führt wie der frühere, genügt nicht.«

[16] Grimmlinger, S. 91: »Früherer Angestellter ist nur derjenige, der die mit dieser Stellung verbundene Ausbildung und Kenntnisse erworben hat.«

[17] Botschaft, S. 23.

bestimmung in Art. 2, lit. g gemacht hat. Die Notwendigkeit der lit. g ist allerdings nicht einzusehen, denn die Subsumtion dieser Tatbestände unter lit. f würde auf Grund der bestehenden Fassung dieser Bestimmung sicher keine Schwierigkeiten bieten.

Betrachten wir die unerlaubte Reklame noch hinsichtlich deren Folgen für den Mitbewerber, so ergibt sich aus dem Umstand, daß der Reklametreibende durch wider Treu und Glauben verstoßende Mittel stets die Gesamtheit des für Kaufabschlüsse in Frage kommenden Publikums anzulocken versucht, immer und ausnahmslos eine direkte Gefährdung des Rechtsguts der Kundschaft aller Konkurrenten, währen der Kredit, das Vertrauen in die Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit, sowie die bestehende Organisation der Produktion des Unternehmens vor solchen Angriffen in der Regel verschont bleiben. Immerhin sind auch hier Fälle möglich, in denen der Gewerbetreibende durch derartige Machenschaften ausschließlich in der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit beeinträchtigt wird. So, wenn sich unter den verletzten Mitbewerbern ein auf dem Markt noch unbekannter Neuling befindet (vgl. S. 60/61), welchem durch unreelle Reklamemethoden das Erwerben von Kundschaft zur Erhaltung seines neu gegründeten Unternehmens erschwert wird. In diesem Fall kann natürlich von einer Beeinträchtigung des Rechtsguts der Kundschaft nicht gesprochen werden, da ja der betreffende Gewerbetreibende gar noch nicht im Besitz von Kundschaft ist und die Beziehungen zu derselben erst anzubahnen sucht.

VII. Die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen.

Im Gegensatz zum deutschen Wettbewerbsgesetz, welches solche Angaben über die Person des Gewerbetreibenden mit Recht in den Tatbestand der unerlaubten Reklame (UWG § 3) miteinbezieht[1], wird im Entwurf für diese Form des unerlaubten Wettbewerbs ein Spezialtatbestand in Art. 2, lit. g aufgestellt. Wie oben schon erwähnt wurde, ist jedoch diese Sonderbestimmung, welche

»die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen, die geeignet sind, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken«,

---

[1] Vgl. Rosenthal, S. 242 ff.

zu einer illoyalen Konkurrenzhandlung stempelt, überflüssig, da nach dem Wortlaut der lit. f diese Fälle auch unter jene Bestimmung subsumiert werden können und somit die sichere Verfolgung derartiger Machenschaften hinreichend gewährleistet wird.

In das Anwendungsgebiet der lit. g fallen vor allem zwei Kategorien von Titeln, nämlich akademische Titel[2] und solche Titel oder Berufsbezeichnungen, welche die besondere Stellung des Mitbewerbers innerhalb einer bestimmten Klasse von Gewerbetreibenden hervorheben, wie beispielsweise der Meistertitel oder die Bezeichnung »Diplomierter Architekt«[3]. Die Feststellung der mißbräuchlichen Verwendung dieser Titel bietet für beide Kategorien keine Schwierigkeiten, da die bestehenden kantonalen und eidgenössischen Gesetzesvorschriften für die Beurteilung dieser Frage bereits die erforderlichen Richtlinien enthalten.[4 5] Nicht so einfach gestaltet sich dagegen die Untersuchung, ob ein Gewerbetreibender die Berufsbezeichnung »Spezialist« führen darf oder nicht. Es ist dies ein Titel, welchem wir besonders heute, wo die Angehörigen der verschiedenen Berufsgruppen infolge übermäßiger Konkurrenz sich mehr und mehr auf einem bestimmten Gebiet ihres Faches zu spezialisieren suchen, sehr oft begegnen. Da auch das Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung über diesen Punkt nichts aussagt, können im einzelnen Fall die Voraussetzungen, unter denen der Gewerbetreibende zur Führung dieser Bezeichnung berechtigt ist, nur der Durchschnittsauffassung des Publikums entnommen werden, welches mit dem Wort »Spezialist« in der Regel ein so hohes Maß von Kenntnissen und Erfahrungen auf einem bestimmten Fachzweig verbindet, daß sich die dadurch

---

[2] Amtl. sten. Bull. St.R. 1936, S. 44.

[3] Botschaft, S. 23; Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 344; Troller, S 84.

[4] Insbesondere kann bei akademischen Titeln das Recht zur Führung derselben in der Regel auch auf Grund von Ausweisen und Diplomen unmittelbar nachgewiesen werden. — Vgl. hierüber zahlreiche Beispiele bei Callmann, S. 237 ff.; Finger, S. 100 ff.; Kühner, S. 51/52 und Pinner, S. 31 ff. — Ueber die unberechtigte Führung des Titels Professor vgl. BlfzüR, Bd. 14, Nr. 57; über die widerrechtliche Führung ausländischer akademischer Titel vgl. SJZ, Bd. 19, S. 68; DJZ, Bd. 4, S. 21 und MuW, Bd. 30, S. 88 (»Prof. of arts U.S.A.«).

[5] Die Feststellung der unberechtigten Führung des Meistertitels und anderer Titel oder Berufsbezeichnungen für Berufe des Handwerks, der Industrie, des Verkehrs, des Handels und verwandter Wirtschaftszweige ist an Hand des Bundesgesetzes über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930 (Amtl. Samml., Bd. 48, S. 789 ff.) ohne weiteres möglich. Vgl. besonders die Bestimmungen in den Art. 48/2 und 57/c, welche auch Sanktionen für den Fall der widerrechtlichen Verwendung von Fähigkeitsausweisen vorsehen und Art. 48/4 über die Behandlung ausländischer Fähigkeitsausweise. Vgl. ferner die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu diesem Gesetz in Bundesblatt, 1928 II. 725 ff. und Germann, Vorarbeiten, S. 20 ff. und 202 ff.

zum Ausdruck gebrachte Beanspruchung eines vermehrten Vertrauens auch rechtfertigt.[6]

Was sodann die Bestimmung anbelangt, daß die Verwendung von Titeln geeignet sein müsse, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken, so ergibt sich daraus, daß es sich zur Erfüllung des Tatbestandes gemäß lit. g stets um solche Titel handeln muß, welche die Person in einem günstigeren Licht als Gewerbetreibender erscheinen lassen, mit andern Worten, um Berufsbezeichnungen, welche nach dem allgemeinen Erfordernis in Art. 1 zur Beeinflussung des Wettbewerbs fähig sind. Damit scheiden jene Titel, welche keinen Hinweis auf die Tüchtigkeit der Person als Geschäftsmann darstellen, wie zum Beispiel die nur aus Prahlerei erfolgte Zulegung eines Adelstitels[7], aus dem Rahmen der lit. g aus.

Hinsichtlich der aus einem Verstoß gegen lit. g fließenden Folgen für die andern Konkurrenten gilt dasselbe wie für lit. f (vgl. oben S. 119), da der mißbräuchlichen Verwendung von Titeln als spezieller Tatbestand der unrichtigen oder irreführenden Angaben natürlich grundsätzlich die gleiche Wirkung auf die geschützten Rechtsgüter der Mitbewerber immanent ist.

VIII. Preisunterbietungen bei Werkverträgen oder analogen Verträgen.

»Der Kaufmann ist grundsätzlich Herr seiner Kalkulation.«[1] Dieser Ausspruch bringt deutlich zum Ausdruck, daß es in der unbeschränkten Macht des Gewerbetreibenden steht, den Preis für seine Leistungen nach seinem Ermessen festzusetzen. Er bestätigt vor allem aber auch das Bestehen eines freien Preisbestimmungsrechts, eines Rechts, dessen Unbegrenztheit vom Schrifttum fast einstimmig anerkannt wird.[2] Auf Grund dieses Rechts ist es daher dem Wettbewerber

---

[6] Becker, S. 211. »Es ist die Auskündung als Spezialist eine unlautere, wenn es völlig ausgeschlossen ist, daß der Betreffende nach seinem Ausbildungsgang oder nach seiner Erfahrung auf ein erhöhtes Vertrauen irgendwie Anspruch erheben kann.« — Vgl. ferner die sehr ausführliche Regelung der Spezialistenfrage unter den Schweizer Aerzten in der Schweiz. Aerzte-Zeitung für Standesfragen, 1935, Heft 49, S. 651 ff., in welcher an das Recht zur Führung des Spezialarzttitels neben dem Studium und der mehrjährigen Ausübung irgendeines Spezialzweiges der Heilkunde in einer Heilanstalt oder Klinik außerdem noch die Mitgliedschaft der Verbindung der Schweizer Aerzte geknüpft wird.

[7] Vgl. Troller, S. 85.

[1] Callmann, S. 187.

[2] Vgl. besonders Kohler, S. 26 ff.; Knellwolf, S. 61 ff.; Lobe, S. 60 ff. und Chenevard. Bd. II. S. 427: »Tout négociant qui achète et paie une marchandise

frei gestellt, den Preis für seine Erzeugnisse beliebig hoch oder niedrig anzusetzen. Insbesondere darf ihm nicht nicht verwehrt werden, zur Erreichung einer Bevorzugung beim kaufenden Publikum seine Wirtschaftsgegner zu unterbieten, mit andern Worten, die Preisunterbietung zum ausschließlichen Kampfmittel im gewerblichen Wettstreit zu erheben. Denn in dem Bestreben eines Geschäftsmanns, durch Erforschung neuer und noch vorteilhafterer Bezugsquellen für seine Waren oder durch eine rationellere Organisation des Produktionsprozesses, usw., seine Konkurrenten hinsichtlich des Preises zu überflügeln, kann so wenig eine unerlaubte Wettbewerbshandlung erblickt werden, als das Ringen eines andern Gewerbetreibenden um die beste Qualität seiner Produkte eine solche darstellt. Ebenso wäre es absurd, einen Wettbewerber lediglich deshalb als illoyal hinzustellen, weil sein Geschäftsprinzip darauf beruht, durch tiefe Preise eine entsprechende Erhöhung des Umsatzes herbeizuführen. Ob dem Konkurrenten durch solche Preisunterbietungen Kunden entzogen werden, ist irrelevant, denn diese Wirkung ist ja schließlich die Folge eines jeden erfolgreichen Wettbewerbs. Diese Auffassung vertritt übrigens auch das Bundesgericht, welches eine Preisunterbietung selbst dann noch als im Rahmen des rechtlich erlaubten Wettbewerbs betrachtet, wenn der Verkauf einer Ware mit Verlust erfolgt.[3] Daß ein Kaufmann im Wirtschaftskampf das Schwergewicht auf eine möglichst günstige Preisgestaltung legt, reicht somit nie zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben aus. Ja es ist nur natürlich, wenn er dieses System, welches ihm gegenüber seinen Mitbewerbern erfahrungsgemäß eine dominierende Stellung verschafft hat, zur Erhaltung des einmal gewonnenen Vorsprungs noch weiter ausbaut und stets von neuem zu verbessern sucht.

Infolge der unerhörten Härte, mit welcher heute solche Preiskämpfe unter den Wettbewerbern oft ausgetragen werden, haben in neuerer Zeit immer wieder gewisse Kreise eine Einschränkung des absoluten Rechts auf freie Preisbestimmung gefordert. So wird vor allem verlangt, daß der Richter wenigstens dann einschreiten müsse, wenn die Unterbietung zu Verlustpreisen erfolge und offensichtlich von dem Bestreben getragen sei, die Existenz des Konkurrenten zu vernichten.[4] Abgesehen davon, daß der Zwang, nicht in der Absicht,

---

en devient le légitime propriétaire; il a le droit absolu de la revendre comme il l'entend, au prix qui lui plaît.«

[3] BGE 52. II. 381; vgl. auch BGE 57. II. 334 ff.

[4] Vgl. besonders van Dam, S. 60 ff. und Kühner, S. 19 ff.

den wirtschaftlichen Untergang des Mitbewerbers herbeizuführen, unter den Selbstkosten zu verkaufen, dem Grundsatz der freien Konkurrenz widerspricht, kann dieser Auffassung auch deshalb nicht zugestimmt werden, weil selbst dann, wenn man unter dieser Voraussetzung in einer Verlustpreisunterbietung noch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung erblicken wollte, der Richter mit dem Kriterium der Vernichtungsabsicht praktisch eigentlich doch nichts anfangen könnte. Denn wann ist diese Vernichtungsabsicht auch nur in einem Wettbewerbsfall, sei er erlaubt oder unerlaubt, nicht gegeben? »Das Ziel des kaufmännischen Wettbewerbs ist ja immer dasselbe, nämlich die Vernichtung des Gegners.«[5] Mag dieser grundsätzlich allen Wettbewerbshandlungen zugrunde liegende Zweck auch nicht bei jeder Gelegenheit mit einer solchen Prägnanz zum Ausdruck kommen, so wäre es doch verfehlt, sich vor dieser Tatsache die Augen zu verschließen. Die Konkurrenz zu besiegen und zu verdrängen, um nachher das Kampffeld allein beherrschen zu können, ist der natürlichste Wunsch jedes Gewerbetreibenden, dessen Verwirklichung, so hart dies auf den ersten Anblick auch erscheinen muß, wir nicht verhindern dürfen. Denn dieser Wunsch ist die Triebfeder für den tüchtigen Geschäftsmann, welche ihn immer wieder zu neuen Leistungen anspornt und ohne dieselbe jeder Fortschritt im Handel und Gewerbe überhaupt undenkbar wäre. Wenn nun aber die Vernichtungsabsicht das charakteristische Merkmal auch der erlaubten Wettbewerbshandlungen darstellt, so wäre auf Grund der oben erwähnten Einschränkung der Tatbestand des unerlaubten Wettbewerbs in Wirklichkeit ja bereits bei einer Verlustpreisunterbietung an sich schon erfüllt. Daß jedoch die Tatsache des Verkaufs unter den Selbstkosten für einen Verstoß gegen Treu und Glauben allein nicht genügt, wird auch von diesen Kreisen nicht nur nicht bestritten, sondern durch den Umstand, daß sie die Notwendigkeit der Selbstkostenunterschreitung in einer Reihe von Fällen anerkennen[6], geradezu hervorgehoben.

---

[5] Callmann, S. 55; Kohler, S. 17: »Ein jeder ist der vernichtenden Tätigkeit eines einsichtsvolleren und wirtschaftlich mächtigeren Wettbewerbers preisgegeben, und keiner kann sich deswegen über den andern beklagen.«

S. 28: »Selbst wenn jemand nur zu dem Zwecke verkauft, um den Gegner zu vernichten, ist dies kein unlauterer Wettbewerb; denn wer durch den Wettbewerb mit lauteren Mitteln einen andern vernichtet, bedient sich nur der berechtigten Befugnis der Persönlichkeit.«

[6] So insbesondere van Dam, S. 22: »Die Abgabe neu eingeführter Artikel zu Verlustpreisen erscheint als Werbemethode gerechtfertigt.«

S. 24: »Modisch gefährdete Waren vor Ablauf der Saison oder Gegenstände, deren Wertverlust aus sonstigen besonderen Gründen mit einem bestimmten Zeit-

Wohl am weitesten geht in dieser Richtung der Entwurf, welcher in Art. 2, lit. h nicht einmal ein Unterbieten zu Verlustpreisen voraussetzt, sondern sogar

»Angebote bei einem vom Besteller veranstalteten Wettbewerb für die Uebernahme einer bestimmten Arbeit, die geeignet sind, den Anschein zu erwecken, sie beruhen auf fachgemäßer Preisberechnung (insbesondere unter Berücksichtigung der Arbeitslöhne, Materialpreise und der allgemeinen Unkosten), aber zu den verlangten Leistungen in offenbarem Mißverhältnis stehen«,

zu unerlaubten Wettbewerbshandlungen stempelt. Es ist daher nur zu begreifen, daß in den Beratungen der beiden Räte gerade diese lit. h den heftigsten Meinungsstreit auslöste. Wie aus dem Wortlaut dieser Bestimmung hervorgeht, bezieht sich lit. h lediglich auf Angebote für die Uebernahme einer bestimmten Arbeit; es muß sich also um »Werkverträge oder analoge Verträge, bei denen eine individuell bestimmte Arbeit in Frage kommt«[7], handeln und nicht um Kaufverträge. Ferner ist nach der Botschaft (S. 24) erforderlich, daß sich mehrere Konkurrenten auf Einladung des Bestellers um eine Arbeit bewerben. Der Entwurf will somit zur Hauptsache das Unterangebot bei öffentlichen oder privaten Submissionen unter zwei ganz bestimmten Voraussetzungen mit lit. h erfassen[8], nämlich dann, wenn das bei einem vom Besteller veranstalteten Wettbewerb eingereichte Angebot über eine zu leistende Arbeit erstens geeignet ist, den Anschein zu erwecken, es beruhe auf fachgemäßer Preisberechnung und zweitens, wenn der geforderte Preis zu den verlangten Leistungen in offenbarem Mißverhältnis steht. Was die an die Erfüllung des ersten Tatbestandsmerkmals geknüpfte Täuschung über die fachgemäße Kalkulation anbelangt, so sind darunter gemäß der Botschaft solche

---

punkt zu befürchten ist, können mit außergewöhnlicher Preisfestsetzung verkauft werden.«

Vgl. ferner Kühner, S. 20.

[7] Botschaft, S. 24.

[8] In der Sitzung des Nationalrates vom 19. September 1935 wurde auf Antrag der nationalrätlichen Kommission eine im Prinzip gleiche Bestimmung, welche sich auf alle übrigen Fälle von Preisunterbietungen bezieht, unter lit. i zu den bestehenden Beispielen hinzugefügt. Als unerlaubte Wettbewerbshandlung erscheint dort »das Anbieten oder der Verkauf von Waren zu Schleuderpreisen, die offensichtlich die Absicht erkennen lassen, den anständigen Wettbewerb zu schädigen«. (Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 346.)

Ein ähnlicher Antrag wurde darauf auch vom Bundesrat gestellt, nach welchem »das Anbieten oder der Verkauf von Waren zu Schleuderpreisen in der offensichtlich erkennbaren Absicht, die wirtschaftliche Existenz anderer zu vernichten« gegen Treu und Glauben verstoßen soll. Nach eingehender Aussprache hatte sich der Ständerat jedoch für die Lösung des Bundesrates entschieden. Vgl. Amtl. sten. Bull. St.R. 1936, S. 62 ff.

Offerten zu verstehen, die den Besteller in den Glauben versetzen, daß nach Deckung sämtlicher Unkosten für den Submittenten ein angemessener Gewinn herausschaue; fehlt dieses Täuschungsmoment, mit andern Worten, erklärt der Unternehmer, daß sein Angebot ihm keinen Gewinn lasse, so liegt nach der Botschaft ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht vor.[9] Das erstaunliche bei dieser Lösung ist, daß die bundesrätliche Expertenkommission, welche den Gewerbetreibenden doch gegen allfällige Preisunterbietungen schützen möchte, diese Bestimmung einer derart einschneidenden Beschränkung unterworfen hat. Denn wenn schon mit lit. h die Bekämpfung des Unterangebots ermöglicht werden soll, dann ist es unverständlich, daß man dem Unterbietenden zugleich und ausdrücklich den Weg zeigt, wie er diese Schutzbestimmung auf denkbar einfache Weise umgehen kann. Dieses Täuschungsmoment bildete denn auch in den Beratungen beider Räte den eigentlichen Stein des Anstoßes und besonders jene Stimmen, welche sich energisch für eine Beschränkung des freien Preisbestimmungsrechts einsetzten, erhoben gegenüber dieser Formulierung den berechtigten Vorwurf, daß auf Grund derselben Unterbietungen nach wie vor gestattet bleiben, »wenn der Konkurrent nur zynisch genug sei, dies offen zuzugeben«[10]. Aber nicht nur deshalb, weil die Schutzwirkung der lit. h bei der bestehenden Fassung eigentlich illusorisch wäre, muß diese Bestimmung abgelehnt werden, sondern zur Hauptsache aus dem Grund, weil eine »Täuschung«, die lediglich darin besteht, beim Besteller den Eindruck zu erwecken, das Angebot beruhe auf fachgemäßer Preisberechnung, schließe also einen angemessenen Gewinn in sich, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist, nicht als eine unerlaubte Wettbewerbshandlung betrachtet werden kann. Denn eine Täuschung des Kunden zur Beeinflussung des Wettbewerbs verstößt unserer Ansicht nach erst dann gegen Treu und Glauben, wenn dieser über eine für die Abnahme der Leistung entscheidende Tatsache irregeführt wird und er bei Kenntnis des wahren Sachverhalts vom Kauf Abstand genommen hätte. So, wenn beispielsweise ein Gewerbetreibender minderwertige Waren zu sogenannten »Schlagerpreisen« derart anbietet, daß er dem Publikum durch seine Anpreisung zugleich noch gewisse Vorteile und Eigenschaften der Erzeugnisse vorspiegelt, welche in Wirklichkeit gar nicht bestehen, oder, daß er die seinen Produkten anhaftenden und für den Entschluß zur Abnahme wesentlichen Nachteile geschickt

---

[9] Botschaft, S. 25.

[10] Gafner, Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 335; vgl. ferner Klöti, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 350 und Laely, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 349.

tarnt. Ein solches Vorgehen eines Geschäftsmanns muß zweifellos als illoyal bezeichnet werden. Aber in diesem Fall stellt das eine unerlaubte Wettbewerbshandlung begründende Kriterium nicht die Preisunterbietung dar, sondern ausschließlich die lügenhafte Auskündung, ein Tatbestand also, welcher natürlich ohne weiteres unter lit. f subsumiert werden kann.[11] Anders liegen dagegen die Verhältnisse bei einer Irreführung über die Tatsache, daß ein Angebot dem Wettbewerber keinen angemessenen Gewinn läßt. Hier ist es nämlich nicht wahrscheinlich, daß der Abnahmewillen eines Kunden, und zwar vor allem derjenige des privaten Bestellers, welcher auf diese Weise »getäuscht« wurde, bei Kenntnis des wahren Sachverhalts negativ beeinflußt worden wäre, da dem Käufer in diesem speziellen Fall aus der Annahme der Leistung überhaupt keine materiellen Nachteile, ja sogar Vorteile erwachsen und deshalb eine Täuschung in diesem Sinne von ihm auch nicht als eine solche aufgefaßt wird. Auf alle Fälle ist die dem Entwurf zugrunde liegende Meinung irrig, daß der Auftraggeber aus moralischen Erwägungen den Auftrag auch einem im Preis weniger leistungsfähigen Mitbewerber erteilen würde, wenn er wüßte, wie es um die Verdienstmarge des Unterbietenden steht, denn diesem ist es, wenn für ihn ein Preisvorteil herausschaut, in der Regel gleichgültig, ob der Auftragnehmer etwas verdient oder nicht[12]. Daraus ergibt sich, daß das in lit. h statuierte Täuschungsmerkmal für die Erfüllung des Begriffs des unerlaubten Wettbewerbs irrelevant ist. Dies bedeutet letzten Endes aber nichts anderes, als daß gemäß lit. h schon die bloße Tatsache des Unterbietens — wobei nicht einmal ein Angebot zu Verlustpreisen, sondern nur ein Mißverhältnis zwischen dem geforderten Preis und der verlangten Leistung notwendig ist — zivilrechtlich verfolgt werden könnte. Daß jedoch eine Preisunterbietung an sich, und wenn diese noch so ruinös für den Mitbewerber ist, nicht als ein wider Treu und Glauben verstoßendes Kampfmittel angesehen werden kann, wurde bereits oben dargelegt. Aus diesem letzteren Gesichtspunkt ist schließlich aber auch die von der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagene Lösung, welche sich von derjenigen des Bundesrates ja nur dadurch unterscheidet, daß sie das Täuschungsmoment nicht mehr aufweist und sich darüber hin-

---

[11] Vgl. einen ähnlichen Fall bei Korrodi, S. 105, in welchem ein Geschäftsmann gewisse Waren, die ebenfalls die Konkurrenz führte, lediglich deshalb zu Spottpreisen verkaufte, um diese herabzusetzen und als minderwertig hinzustellen. Mit Recht erblickt Korrodi in einem solchen Fall den Tatbestand der Anschwärzung.

Vgl. ferner Germann, Vorarbeiten, S. 102 und BGE 37. II. 423: Unerlaubter Wettbewerb durch Unterbieten entgegen einer vertraglichen Vereinbarung.

[12] Vgl. auch Klöti, Amtl. sten. Bull. St.R. 1934, S. 350.

aus noch auf Lieferungen bezieht[13], unannehmbar, da durch diese Formulierung, und zwar hier allerdings unmißverständlich, jedes Unterangebot schlechthin erfaßt würde.

Wenn zunächst auch zugegeben werden muß, daß besonders im modernen Wirtschaftsleben das Unterbieten in den Preisen teilweise auf eine recht unerfreuliche Art und Weise geschieht, so kann doch auf der andern Seite nicht geleugnet werden, daß gerade unter der Herrschaft des freien Preisbestimmungsrechts der Handel und das Gewerbe eine gewaltige Entwicklung erfahren haben. Ja man geht sicher nicht zu weit, wenn in diesem System, welches den Gewerbetreibenden nicht zuletzt auch zum Wohle der Allgemeinheit immer wieder zwingt, seine Leistungen hinsichtlich des Preises stets von neuem zu verbessern, eine Voraussetzung für ein gesundes Wettstreben unter den Geschäftsleuten überhaupt gesehen wird. Würde nämlich dem Kaufmann durch eine allzu empfindliche Gesetzgebung die Pflicht auferlegt, seinen Kampf um den niedrigsten Preis an einer übrigens doch nur schwer zu ziehenden Grenze[14] abzubrechen, so verlöre der gewerbliche Wettbewerb sehr bald jede Farbe und Originalität. Denn unter diesen Umständen hätte natürlich kein Gewerbetreibender mehr ein Interesse daran, zur Senkung der Herstellungskosten seiner Erzeugnisse kostspielige Verbesserungen an seinem Produktionsapparat vorzunehmen. Dies müßte jedoch zwangsläufig zu einer auf die Dauer unerträglichen Preiserstarrung auf dem Markt führen. Aus diesen Ueberlegungen ergibt sich, daß die Aufrechterhaltung des uneingeschränkten Rechts zur freien Preisgestaltung trotz der damit verbundenen Risiken doch eine absolute Notwendigkeit für eine fortschrittliche Wirtschaftsordnung bedeutet, da einerseits, wie Kohler immer wieder betont, ohne dieses Recht »ein freier Verkehr gar nicht denkbar ist«[15] und andererseits auch nur ein geringfügig scheinendes Abweichen von diesem Prinzip sofort auf die Sicherung einer mehr oder weniger gefestigten, behaglichen Existenz eines — vielleicht nicht einmal tüchtigen — Mitbewerbers hinauslaufen würde.

---

[13] Amtl. sten. Bull. N.R. 1935, S. 334: »Angebote bei einem vom Besteller veranstalteten Wettbewerb für die Uebernahme einer bestimmten Arbeit oder Lieferung, die nicht auf fachgemäßer Preisberechnung beruhen und zu den verlangten Leistungen in offenbarem Mißverhältnis stehen.«

[14] In einer Sitzung des Ständerates vom 15. Januar 1936 hob Schöpfer zutreffend hervor, daß die von Betrieb zu Betrieb herrschenden großen Unterschiede in den Kalkulationsmethoden und Fabrikationskosten es geradezu zu einem Ding der Unmöglichkeit machen, eine brauchbare Formulierung zur Abgrenzung der erlaubten von der unerlaubten Preisunterbietung aufzustellen. (Vgl. Amtl. sten. Bull. St.R. 1936, S. 52.)

[15] Kohler, S. 28.